

# **En felles EU-rettslig kontraktsrett som virkemiddel for realiseringen av det indre marked**

Kandidatnr: 381

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25.11.03

Til sammen 17.990 ord

25.11.03

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA OG SIKTEMÅL	1
1.2	KONTRAKTSRETTENS ROLLE I EU FREM TIL I DAG	3
1.3	METODE	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>ET EGNET VIRKEMIDDEL?</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	EKSISTENSEN AV FORSKJELLIGE PRESEPTORISKE REGLER	7
2.2	ØKTE TRANSAKSJONSKOSTNADER	9
2.3	DEN PSYKOLOGISKE FAKTOREN	12
2.4	OPPSUMMERING	13
<b><u>3</u></b>	<b><u>KOMPETANSESPØRSMÅLET</u></b>	<b><u>14</u></b>
3.1	ARTIKKEL 65 OG 67	15
3.2	ARTIKKEL 94 OG 95	17
3.2.1	ARTIKKEL 95	19
3.2.2	DEMOKRATISK LEGITIMITET	22
3.3	ARTIKKEL 293	23
3.4	ARTIKKEL 308	23
3.5	NÆRHETSPRINSIPPET	24
3.6	OPPSUMMERING	25
<b><u>4</u></b>	<b><u>KAN KONTRAKTSRETTEEN HARMONISERES?</u></b>	<b><u>27</u></b>
4.1	TEKNISKE HINDRINGER SOM FØLGE AV ULIKE RETTSKULTURER OG RETTSSYSTEMER	
	28	
4.1.1	MANGELN PÅ EN FELLES EUROPEISK RETTSKULTUR	28
4.1.2	KONKRETE PROBLEMOMRÅDER	32
4.1.2.1	Prinsippet om ”good faith”	32

4.1.2.2	Standardkontrakter	34
<b>4.2</b>	<b>MOTSTAND MOT EN FELLES EUROPEISK KONTRAKTSRETT</b>	<b>36</b>
4.2.1	KODIFISERING OG NASJONAL SUVERENITET	37
4.2.2	MATERIELL KVALITET	39
4.2.3	VANSKELIGHETER MED Å HOLDE LOVEN OPPDATERT	39
<b>4.3</b>	<b>OPPSUMMERING</b>	<b>40</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>HVOR LANGT SKAL HARMONISERINGEN GÅ?</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b>5.1</b>	<b>FORHOLDET TIL NASJONAL RETT OG GEOGRAFISK ANVENDELSESOMRÅDE</b>	<b>43</b>
5.1.1	EN FELLES KONTRAKTSRETT FOR ALLE TRANSAKSJONER SOM ERSTATTER NASJONAL LOVGIVNING	43
5.1.2	EN FELLES KONTRAKTSRETT FOR ALLE TRANSAKSJONER SOM IKKE ERSTATTER NASJONAL LOVGIVNING	44
5.1.3	EN FELLES KONTRAKTSRETT FOR INTERNASJONALE TRANSAKSJONER	45
<b>5.2</b>	<b>MATERIELT INNHOLD</b>	<b>47</b>
5.2.1	HVILKE DELER AV KONTRAKTSRETEN	47
5.2.2	GENERELL ELLER SPESIELL KONTRAKTSRETT	50
5.2.3	DETALJERTE REGLER ELLER PRINSIPPER	51
<b><u>6</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>56</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og siktemål

I Den Europeiske Unionen har det i tiltagende grad det siste tiåret vært ført en debatt omkring europeisk privatrett. Bakgrunnen for debatten er blant annet medlemslandenes fragmentariske og uensartete kontraktsrett som blir hevdet å være til hinder for handelen over landegrensene og realiseringen av EUs indre marked. Det indre marked er i EF-traktaten art 14 definert som et marked uten indre grenser med fritt varebytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital.

Kontraktsretten har frem til nå i all hovedsak vært et nasjonalt anliggende for medlemslandene. Rettsområdet har bare i liten grad vært berørt av EU-rettslige reguleringer. Kun ved sektorharmonisering på enkelte områder som forbrukerkontrakter har Fellesskapet vedtatt bestemmelser. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom det indre marked og kontraktsretten. Så godt som all utveksling av varer og tjenester er omfattet av en kontrakt. Kontrakter er følgelig selve fundamentet som ligger til grunn for og styrer handelen i Fellesskapet. Det betyr at problemer i forbindelse med inngåelse, tolkning og oppfyllelse av kontrakter, som følge av uensartet og fragmentarisk lovgivning vil kunne påvirke hvordan det indre marked fungerer.<sup>1</sup> På denne bakgrunn har flere fremtredende jurister i Europa samt Europa-Parlamentet og Kommisjonen fattet interesse for mulighetene for en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>2</sup>

Temaet for denne fremstillingen er en felles EU-rettslig kontraktsrett som virkemiddel for realiseringen av det indre marked. Målet for oppgaven er i første hånd å synliggjøre argumentene som har vært fremme i debatten for og imot en felles EU-rettslig

---

<sup>1</sup> COM (2001) 398 final, pkt. 26

<sup>2</sup> se f. eks COM (2001) 398 final og O.J 2000 C 377/323

kontraktsrett. I dette ligger flere problemstillinger. For det første kan det reises spørsmål ved om en utvidet harmonisering på rettsområdet vil bidra til realisering av det indre marked, med andre ord om en felles kontraktsrett er et egnet virkemiddel. For det andre må det vurderes om kontraktsretten kan harmoniseres. Det mest grunnleggende spørsmålet her er om Fellesskapet har hjemmel til å vedta en felles EU-rettslig kontraktsrett og hvor langt denne hjemmelen i så fall går. I tillegg til kompetansespørsmålet er det knyttet usikkerhet ved om medlemslandene vil kunne enes om felles løsninger og om det er ønskelig med en felles kontraktsregulering. Det blir hevdet at kvaliteten på et slikt regelverk ikke vil bli tilfredsstillende og at vedtakelse vil utgjøre en krenkelse av medlemslandenes nasjonale suverenitet og kulturelle identitet.<sup>3</sup>

Det endelige siktemålet for oppgaven er å benytte redegjørelsen for argumentene for og imot en felles kontraktsrett i en analyse av hvor langt harmoniseringen kan og bør gå i forhold til form og innhold. Begrepet ”en felles kontraktsrett” er ikke entydig. Ved å sammenstille ulempene og fordelene som identifiseres i fremstillingen drøftes for det første hva slags form regelverket bør ha. Dette gjelder med hensyn til om bestemmelsene skal anvendes på alle transaksjoner eller kun de som er grenseoverskridende og hva slags forhold en felles kontraktsrett skal ha til nasjonal kontraktsrett. Ved å benytte den samme metoden må det videre tas stilling til det materielle innholdet regelverket bør ha. Heller ikke begrepet ”kontraktsrett” er entydig og meningsinnholdet vil variere i medlemslandene. Dette utgjør en utfordring for lovgiver. Et særlig spørsmål knyttet til reglenes materielle innhold er om forbrukerkontraktsretten bør inkluderes i et felles regelverk og i så fall hvordan. Det må også drøftes om lovverket skal bestå av detaljerte bestemmelser eller prinsipper, samt om reguleringen skal inneholde kun generell eller også spesiell kontraktsrett.

Formålet med denne analysen er ikke å komme frem til klare konklusjoner. Hensikten er snarere å antyde mulige løsninger som både ivaretar hensynet til realiseringen av det indre marked og som samtidig synes realistiske.

---

<sup>3</sup> se f. eks Wagner 2002, s. 1012 og Lando 2002, s. 209

Før redegjørelsen for fordelene og ulempene med en felles EU-rettslig kontraktsrett og de argumenter som har vært anført i debatten behandles, er det nødvendig å beskrive hvor debatten står i dag. EUs sentrale organer har de siste årene tatt flere initiativ med det formål på sikt å sikre en større sammenheng i europeisk kontraktsrett. Redegjørelsen er ment å klarlegge utgangspunktet for innlegget i det følgende.

## 1.2 Kontraktsrettens rolle i EU frem til i dag

Frem til den såkalte ”Enhetstraktaten” som innførte begrepet det indre marked i 1985 hadde fellesskapslovgivningen i svært liten grad berørt privatrettslige områder. Fra da av begynte imidlertid Fellesskapet ved hjelp av en sektortilnærming å harmonisere deler av kontraktsretten, hovedsakelig på området for forbrukerkontrakter.<sup>4</sup> Det ble i større grad satt fokus på de problemene den fragmentariske og uensartede kontraktsretten utgjorde for den frie handelen. Denne sektorharmoniseringen har foregått helt frem til i dag.

Europa-Parlamentet tok allerede i 1989 initiativ til en debatt rundt en mer omfattende harmonisering av medlemslandenes privatrett, da den for første gang vedtok en resolusjon som foreslo harmonisering av visse deler av privatretten<sup>5</sup>. Etter dette har Parlamentet gjentatte ganger gitt uttrykk for hvor viktig den anser en mer omfattende harmonisering av privatretten å være for et velfungerende indre marked.<sup>6</sup> I Resolusjon av 15. november 2001 fremsatte Parlamentet en handlingsplan og et tidsskjema med 2010 som året hvor en felles EU-rettslig kontraktsrett skal være ferdig utarbeidet og klar for vedtakelse i Unionen.<sup>7</sup>

Kommisjonen har etter oppfordringen fra Parlamentet<sup>8</sup> satt i gang arbeidet med å klarlegge hindringer for den frie handelen fremkalt av forskjeller i medlemslandenes kontraktsrett og mulige løsninger på disse problemene. I meddelelse til Rådet og Parlamentet om europeisk kontraktsrett av 2001 ber Kommisjonen om tilbakemeldinger

---

<sup>4</sup> Joustra 1998, s. 139

<sup>5</sup> O.J. 1989 C 158/400

<sup>6</sup> O.J 1994 C 205/518 og O.J 2000 C 377/323

<sup>7</sup> COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187

<sup>8</sup> OJ 2000 C 377/323

på hvordan forskjellene virker inn på funksjonen av det indre marked og om synspunkter på fire alternative veier å gå for å løse problemene.<sup>9</sup>

Det første alternativet som skisseres er ikke å ha noen EU-regulering på kontraktrettens område i det hele tatt. Alternativ nummer to innebærer å fremme utviklingen av felles kontraktsrettlige prinsipper som vil lede de nasjonale lovgivninger i større overensstemmelse med hverandre. Videre innebærer alternativ nummer tre å forbedre kvaliteten på allerede eksisterende bestemmelser på EU-nivå. Endelig som alternativ nummer fire foreslår Kommisjonen å innføre en ny allmenngyldig lovgivning på fellesskapsplan.<sup>10</sup> Som en oppfølging har Kommisjonen kommet med en ny meddelelse i 2003, hvor tilbakemeldingene oppsummeres og forslag til videre kurs presenteres i en handlingsplan.<sup>11</sup>

Kommisjonen foreslår en kombinasjon av alternativ nummer to og tre for det videre arbeidet med harmonisering av den europeiske kontraktsretten, en kombinasjon av lovgivningsmessige og ikke-lovgivningsmessige tiltak. Den ønsker å fortsette sektorharmoniseringen samtidig som det identifiseres et behov for en felles referanseramme, en felles plattform for å bidra til større sammenheng i regelverket og for å unngå unødvendige uoverensstemmelser ved innføring av nye bestemmelser i fremtiden. Denne felles referanserammen skal utarbeides gjennom et samarbeid mellom europeiske akademikere og bestå av felles prinsipper, samt innføring av en felles terminologi.

Muligheten for et felles EU-rettslig kontraktsregelverk, presentert som alternativ nummer fire i meddelelsen av 2001 er imidlertid ikke helt forlatt. Ved siden av de prosesser Kommisjonen vil igangsette gjennom en kombinasjon av alternativ to og tre, ønsker den en videre undersøkelse av mulighetene for å innføre en felles generell kontraktsrett, som for eksempel et felles regelverk som kontraktspartene selv kan bestemme om de vil være bundet av. Hvor egnet et slikt instrument vil være, mulig

---

<sup>9</sup> COM (2001) 398 final

<sup>10</sup> COM (2001) 398 final

<sup>11</sup> COM (2003) 68 final

form, innhold og rettsgrunnlag er områder Kommisjonen vil overveie og ønsker tilbagemelding i forhold til.<sup>12</sup> Det hevdes at Kommisjonen med dette viser at de egentlig ønsker en felles EU-rettslig regulering av privatretten, at det er dette målet vi er på vei mot, men at tiden ennå ikke er moden for å presentere en slik løsning.<sup>13</sup> Europaparlamentet har som nevnt ytret ønske om en felles kontraktsrett innen år 2010 og også blant flere akademikere i Europa er en slik felles rett det endelige mål. Blant disse tilhengerne av en felles EU-rettslig kontraktsrett synes ikke målet å ha endret seg etter Kommisjonens siste meddelelse, de ser heller utarbeidelsen av den felles plattformen gjennom ikke-rettslige prinsipper som et steg på veien.<sup>14</sup>

### 1.3 Metode

Denne fremstillingen er et innlegg i den rettspolitiske debatten rundt en felles EU-rettslig kontraktsrett. Oppgaven er således ikke en redegjørelse for gjeldende rett, men en overveielse av hvordan gjeldende rett bør formes eller ikke formes. De løsningene som antydes bygger altså på de lege ferenda betraktninger.

En felles EU-rettslig kontraktsrett vil være et helt nytt juridisk instrument og vil kreve grundige analyser av mål, middel og konsekvenser for å gi det best mulige grunnlag for lovvedtak. I prosessen før en lov vedtas har rettsvitenskapen en viktig rolle. Alf Ross deler det rettspolitiske arbeidet i tre faser. For det første må alle sosialpolitiske målsetninger kartlegges. Deretter må det redegjøres for hvilke midler som ønskes anvendt. Endelig må det foretas en avveining av de forskjellige målene i forhold til de midler som ønskes anvendt for å komme frem til råd i form av lovforslag eller forslag til rettsanvendende løsninger.<sup>15</sup> Ved denne fremstillingen har midlet, en felles EU-rettslig kontraktsrett, vært forutsatt i problemstillingen. Ellers følger oppgaven Ross metode ved å avveie målet, realisering av det indre marked i forhold til motstridende hensyn for å kunne antyde et forslag til løsning. Prognoser om resultatet av en lovreform som

---

<sup>12</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 4.3

<sup>13</sup> Kenny 2003, s. 549

<sup>14</sup> se Basedow 2003, s. 104 og Grundmann 2003, s. 126

<sup>15</sup> Ross gjengitt i Lauridsen 1974, s. 304



innføringen av en felles EU-rettslig kontraktsrett vil imidlertid alltid være beheftet med stor grad av usikkerhet, fordi så mange faktorer vil påvirke utfallet.<sup>16</sup>

Kilder for denne fremstillingen er i stor grad rettspolitiske meningsytringer. Et problem i forhold til å benytte slike ytringer som kilder er at de ikke alltid oppfyller de krav til presisjon og klarhet en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett vil oppfylle. Dette har vist seg å være et problem i forhold til kilder som analyserer mulig hjemmel for en felles EU-rettslig kontraktsrett uten å presisere hva som forstås med begrepet. Som nevnt over finnes flere ulike løsninger og muligheter for hvordan en felles rett skal utformes. Ved tolkning av hjemmelsbestemmelser med det formål å undersøke mulig kompetanse for innføring av et helt nytt regelverk, blir juridisk teori en viktig kilde ved siden av en ordlydstolkning av artiklene. Uklarhetene er forsøkt løst ved å studere argumentene i kildene i lys av kontekst og en naturlig forståelse av ordlyden i bestemmelsene. Like fullt har uklarhetene ført til vanskeligheter med å antyde konklusjoner innenfor de ulike formene for en felles rett.

Når det nå skal redegjøres for argumentene som har vært fremme i debatten om en felles EU-rettslig kontraktsrett, er det naturlig å starte med spørsmålet om en utvidet harmonisering på rettsområdet vil bidra til realisering av det indre marked. Vil en felles rett ha gevinster slik at det vil være et egnet virkemiddel?

## **2 Et egnet virkemiddel?**

For å kunne ta stilling til om en felles EU-rettslig kontraktsrett vil være et egnet virkemiddel for realiseringen av det indre marked må problemene ved dagens system for kontraktsregulering i Unionen identifiseres. Hvilke eventuelle svakheter motiverer en utvidet harmonisering? Spørsmålet blir så om en felles rett vil avhjelpe disse problemene.

---

<sup>16</sup> Dalberg-Larsen 2002, s. 21

I Kommisjonenes meddelelse om europeisk kontraktsrett av 2001 ble det bedt om eksempler på områder hvor funksjonen av det indre marked var hindret av problemer i relasjon til inngåelse, tolkning og utøvelse av internasjonale kontrakter innenfor Unionen.<sup>17</sup> Etter dette har det kommet kommentarer fra en rekke fremtredende jurister i Europa. På bakgrunn av disse tilbakemeldingene kan de negative virkningene den fragmentariske og uensartede kontraktsretten har på det indre marked kategoriseres i tre hovedgrupper:

- 1) Eksistensen av forskjellige preseptoriske regler skaper særlige problemer ved inngåelsen av internasjonale kontrakter.
- 2) Forskjellige kontraktsreguleringer i medlemslandene kan øke transaksjonskostnadene på grunn av usikkerheten omkring fremmed rett.
- 3) Frykten for rettslige overraskelser kan hindre foretak i å inngå kontrakter på tvers av landegrensene.

Bortsett fra at gruppe 1) kun angår preseptorisk lovgivning, mens gruppe 2) og 3) også gjelder deklarasjonsrett, finnes ingen klare grenser mellom gruppene av problemer. De virker sammen og vil i mange situasjoner være en konsekvens av hverandre. For eksempel vil eksistensen av forskjeller i preseptorisk lovgivning hindre effektiv forretningsdrift, dette kan føre til økte kostnader ved å nødvendiggjøre søken etter rettsråd om fremmed rett. Videre kan usikkerheten rundt fremmed rett medføre potensielle transaksjonskostnader av en slik størrelsesorden at foretak i ren frykt for overraskelser unnlater å inngå internasjonale kontrakter. For å skape oversikt og en strukturert fremstilling behandles gruppene allikevel hver for seg.

## 2.1 Eksistensen av forskjellige preseptoriske regler

Kontraktsrett er i stor grad deklarasjonsrett. Partene i en kontrakt kan selv utforme de regler som skal styre forretningsforholdet. Noen bestemmelser er imidlertid gjort preseptoriske slik at de begrenser avtalefriheten, men ved internasjonale kontrakter kan partene som en hovedregel avtale seg bort også fra disse reglene. Det følger av Roma konvensjonen av 1980 at parter i internasjonale kontrakter i stor grad selv kan velge

---

<sup>17</sup> COM (2001) 398 final

hvilket lands rett som skal følges.<sup>18</sup> Konvensjonen er ratifisert av alle medlemslandene og har frem til i dag regulert lovvalg i den internasjonale kontraktsretten. Spørsmålet er imidlertid om konvensjonen og dens hovedprinsipp om fritt lovvalg i tilstrekkelig grad sikrer kravene til fri handel over landegrensene satt av det indre marked. For det første inneholder konvensjonen unntak, begrensninger av prinsippet, særlig i forbrukerkontrakter. Videre hevdes det at preseptorisk lovgivning skaper problemer også utenfor unntakstilfellene, hvor hovedregelen om fritt lovvalg gjelder.

Hva angår forbrukerkontrakter setter både Romakonvensjonens artikkel 5 og bestemmelser i EU-lovgivning på området begrensninger på lovvalget. Forbrukeren har krav på den beskyttelse som er gitt han gjennom lovverket i den nasjonen han har fast bopel. For å sikre beskyttelsen av forbrukere i medlemslandene har EU vedtatt en rekke direktiver på forbrukerkontraktsrettens område. Teknikken som i hovedsak er brukt er imidlertid minimum-harmonisering med det resultat at alle landene har en viss beskyttelse, men av ulik grad. En konsekvens av at det gjøres unntak for fritt-lovvalgsprinsippet for forbrukerkontrakter er at selskaper som handler med forbrukere i dag må håndtere minst 15 forskjellige lovverk og nivåer av beskyttelse innenfor Unionen. Det synes klart at dette kan ha innvirkning på handelen. Bedrifter kan ikke benytte seg av den samme salgsstrategien i alle landene hvor de opererer. Det er av stor fordel både for en effektiv administrasjon og økonomisk at foretak kan benytte samme markedsføring, kontraktsformuleringer, typisk gjennom standardkontrakter, og sikkerhet for salg i alle landene de opererer.<sup>19</sup> For små- og mellomstore bedrifter kan utfordringene ved å skulle sette seg inn i andre lands regelverk og utarbeide forskjellige salgsmodeller, bli så store at de unnlater å drive forretning utenfor landegrensene. Det blir da bare de bedriftene som har ressurser til å etablere seg i alle medlemslandene som kan benytte seg av fordelene ved det indre marked.<sup>20</sup>

Når det gjelder internasjonale forretningsavtaler mellom profesjonelle parter kan problemene preseptorisk lovgivning medfører unngås ved å velge et annet lands rett. På

---

<sup>18</sup> Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, art. 3

<sup>19</sup> Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code 2002, s.10

<sup>20</sup> Rodríguez 2003, s. 241

bakgrunn av dette mente EF-domstolen i *Alsthom Atlantique v. Sulzer*<sup>21</sup> at eksistensen av forskjeller i preseptorisk lovgivning ikke utgjør noen restriksjon på den frie handel i denne type kontrakter. Domstolen kom til at forskjellene ikke utgjorde noen hindring i strid med forbudene satt i EF-traktaten. Det kan imidlertid spørres om ikke forskjellene allikevel utgjør en barriere med negative konsekvenser for handelen mellom profesjonelle parter, en barriere som kan unngås ved et felles regelverk.

Tilbakemeldingene Kommisjonen fikk på meddelelsen av 2001 viser at forskjeller i preseptorisk lovgivning på flere områder innen kontraktsretten leder til vridning av konkurransen. Ikke minst har dette problemet i økende grad vist seg ved handel via internett, såkalt e-handel.<sup>22</sup> Uansett hvilket lands rett som regulerer et kontraktsforhold vil det finnes preseptorisk lovgivning som partene må forholde seg til, som de ikke kan avtale seg bort fra. Store variasjoner i den preseptoriske lovgivningen krever grundige forberedelser og undersøkelser ved å sette seg inn i vedkommende lands rett, og selv etter slike studier kan det forekomme usikkerhet. Dette gjelder på kjerneområder som formkrav ved inngåelse av spesielle kontrakter,<sup>23</sup> gyldighet av kontraktsreguleringer som inkluderer standardkontrakter<sup>24</sup> og regler for hva som regnes for kontraktsbrudd. Videre er det store forskjeller i medlemslandenes preseptoriske lovgivning angående gyldigheten av ansvarsfraskrivelser.<sup>25</sup>

## 2.2 Økte transaksjonskostnader

Med transaksjonskostnader forstås her alle kostnader ved å gå inn i en kontrakt.

Det syns klart at problemene som følge av forskjeller i preseptorisk lovgivning som vist under punkt 2.1 kan føre til økte transaksjonskostnader for bedrifter som vil etablere seg i et annet medlemsland. Særlig på området for forbrukerkontrakter hvor det i mange tilfeller vil måtte utarbeides helt nye salgsstrategier fra land til land. Dette er kostnader som vil vri konkurransen til fordel for nasjonale aktører på markedet og på den måten være til hinder for realiseringen av det indre marked. Varene blir uforholdsmessig dyre for de endelige kjøperne på grunn av den ufullkomne konkurransen.

---

<sup>21</sup> Sak C-339/89, [1991] ECR I-107

<sup>22</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 27

<sup>23</sup> samme sted, pkt. 35

<sup>24</sup> samme sted, pkt. 36

<sup>25</sup> samme sted, pkt. 39

Spørsmålet er så om vi kan finne økte transaksjonskostnader også utenfor området for preseptorisk lovgivning på bakgrunn av en uensartet kontraktsrett i Europa.

Kommisjonens meddelelse av 2003 peker på at det ikke nødvendigvis er så store forskjeller mellom preseptorisk og deklarasjonisk lovgivning i praksis. En måte dette viser seg på er at mange kontrakter ikke inneholder klausuler som fraskriver den anvendelige bakgrunnsretten gyldighet ved selv å regulere løsningen av potensielle problemer. Mange kontrakter inneholder heller ingen klausul om lovvalg. Årsaken er ikke at partene overser problemer som kan oppstå ved at dette utelates, men at de finner at forhandlingene om lovvalg ikke er verdt de økonomiske fordelene de måtte ha og risikoen for å miste kunden. Det håpes i stedet at de potensielle problemene aldri vil dukke opp. På denne måten fungerer deklarasjonisk lovgivning som preseptorisk.<sup>26</sup>

Tilbakemeldingene på Kommisjonens meddelelse av 2001 viser at kontraktsreguleringer som ofte utelates er regulering av fundamentale spørsmål som når en kontrakt ansees for bindende, vurdering av gyldighet, vurdering om hva som utgjør et kontraktsbrudd og hva konsekvensene av et slikt brudd skal være. Dette er områder som i stor grad er regulert forskjellig i de enkelte medlemslandenes rett.<sup>27</sup> Resultatet kan bli at det blir inngått kontrakter på basis av mangelfull kunnskap om reglene som styrer forretningsforholdet. Mangel på klare retningslinjer kan føre til uoverensstemmelser og høye kostnader ved en eventuell tvist mellom partene.

Dette er et eksempel som viser at kontraktsfriheten og retten til å velge hvilket lands regelverk som skal gjelde på kontraktsforholdet, sikret gjennom Roma-konvensjonen, ikke nødvendigvis er noen sikkerhet for den frie handelen og realiseringen av det indre marked. Forskjeller i medlemslandenes kontraktsreguleringer på viktige områder kan skape høye transaksjonskostnader for bedrifter som ønsker å etablere seg i andre medlemsland. Dette er transaksjonskostnader som kan hindre at kontrakter blir inngått eller fordyre prosessen slik at konkurransen med nasjonale aktører vris.

---

<sup>26</sup> samme sted, pkt. 32

<sup>27</sup> samme sted, pkt. 33

Problemene kan starte allerede før kontraktsforhandlingene har kommet så langt som til lovvalg. Praksis innhentet av the Commission on European Contract Law (Lando-kommisjonen) og the Study Group on a European Civil Code viser at store forskjeller i medlemslandenes regulering av hva som er et bindende tilbud og når en avtale ansees for inngått skaper problemer. Problemer som ikke kan løses av fritt lovvalg, men som ville vært unngått med en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>28</sup>

Videre er det slik at når lovvalget er tatt og et foretak går inn i en kontrakt regulert av et annet lands rett med den visshet at eventuelle konflikter ikke vil bli løst på samme måte som i hjemlandet, blir det av stor viktighet at kontraktspartene og eventuelt deres advokater setter seg godt inn i det valgte regelverk. En annen mulighet er at kontrakten gjøres svært detaljert slik at den dekker alle mulige konfliktområder. Dette vil føre til økte kostnader på forhandlingsstadiet og ofte vil partene uansett ikke makte å dekke over alle potensielle problemer. Særlig for små og mellomstore bedrifter kan det å måtte sette seg inn i et annet lands rett være så kostnadskrevende at de unngår å inngå kontrakter som kunne vært lønnsomme.<sup>29</sup> Reglene i andre rettskulturer kan være vanskelig tilgjengelige og vil kreve omfattende advokatarbeid, med tilhørende salærer. Blir kontrakt inngått vil det videre kunne bli økte utgifter på senere stadier av kontrakten som resultat av at det opereres under fremmed lands rett. For selv om studier foretas vil det allikevel ofte gjenstå en usikkerhet og risiko.<sup>30</sup> Et eksempel som viser konsekvenser av usikkerheten er på området for ansvarsforsikringer ved kysttransport. Reglene for ansvar ved denne type transport er regulert svært forskjellig i medlemslandene. Resultatet er unødvendig høye premier for ansvarsforsikring.<sup>31</sup>

På oppfyllelesstadiet kan det oppstå økte kostnader ved nødvendigheten av å søke rettsråd for å kartlegge hva som vil være en rett oppfyllelse av kontrakten og hvilke

---

<sup>28</sup> Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code 2002, s. 15

<sup>29</sup> Rodríguez, 2003, s. 249

<sup>30</sup> Lando 2002, s. 207

<sup>31</sup> Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code 2002, s. 12

rettsmidler som vil være aktuelle ved et eventuelt kontraktsbrudd. Ikke på noe annet område har forskjellene mellom medlemslandenes regler en så uttalt effekt som her.<sup>32</sup>

Endelig vil det komme økte utgifter ved å sette seg inn i et ukjent rettssystem ved en eventuell rettstvist. Dette vil være salær til advokater som må prosedere på en rett de til vanlig ikke forholder seg til. I de fleste land er det også partenes eget ansvar å skaffe tilveie nødvendig informasjon om fremmed lands rett. Hvis denne informasjonen ikke er tilstrekkelig kan dommeren ende opp med å anvende sitt eget lands rett, med de uforutsette følgene dette vil ha for partene.<sup>33</sup>

### 2.3 Den psykologiske faktoren

Det har vært fremhevet at like mye som faktiske forskjeller i medlemslandenes kontraktsrett skaper økte kostnader, er det angsten for slike forskjeller som resulterer i økte transaksjonskostnader eller at kontrakter ikke blir inngått. Som vist over vil det på alle stadier av kontrakten kunne oppstå problemer og økte kostnader. Vissheten om dette kan hindre at gunstige kontrakter blir inngått, selv om kontrahenten i virkeligheten kanskje ikke ville hatt noe å frykte. Videre kan frykten føre til innhenting av spesifikk juridisk informasjon som til slutt kan vise seg å ha vært fullstendig unødvendig, penger blir investert i fiktive problemer.<sup>34</sup> Denne frykten og dens konsekvenser er ikke overensstemmende med ideen om det indre marked og går igjen særlig utover de små og mellomstore bedriftene. Det kan selvfølgelig hevdes at det alltid vil ligge en risiko i å inngå kontrakter, spesielt med fremmede aktører en ikke har kontrahert med tidligere. Kanskje er den generelle frykten for å inngå kontrakter med nye, ukjente aktører en større trussel mot et velfungerende indre marked.<sup>35</sup> Det kan imidlertid spørres om det da ikke er enda viktigere at potensielle kontraktspartnere i alle fall vet hva de kan kreve og i hvilken grad de er beskyttet ved et eventuelt kontraktsbrudd? En felles kontraktsrett kan stimulere og styrke tilliten til markedsaktørene og derigjennom funksjonen av det indre marked.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> samme sted, s. 15

<sup>33</sup> Rodríguez 2003, s. 250

<sup>34</sup> Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code 2002 s. 13

<sup>35</sup> Collins 2002, s. 249

<sup>36</sup> Basedow 1996, s. 1182

## 2.4 Oppsummering

Fremstillingen viser at friheten til å velge hvilket lands rett som skal anvendes på en kontrakt ikke uten videre er tilstrekkelig for å sikre realiseringen av det indre marked. Lovvalget er ofte risikabelt og medfører høye transaksjonskostnader. Alt i alt kan den fragmentariske og uensartede kontraktsretten føre til at konkurransen vris. Noen aktører velger på denne bakgrunn å stå helt utenfor det internasjonale markedet. Andre foretak som tar steget og inngår kontrakter på kryss av landegrensene, som søker rettsråd og betaler de ekstra transaksjonskostnadene, vil kanskje måtte konkurrere med liknende foretak etablert i det aktuelle landet. Resultatet er en konkurranse mellom to foretak med ulike forutsetninger. Variasjonen i medlemslandenes kontraktsrett blir en barriere for handel i unionen.<sup>37</sup>

Det er ikke gjennomført noe større empirisk arbeid for å kartlegge omfanget av de uheldige konsekvensene forskjellene har for realiseringen av det indre marked. Dette har ført til at det har blitt satt spørsmålstegn ved utbredelsen av problemene. Det har vært hevdet at de økte transaksjonskostnadene sannsynligvis ikke hindrer verken små eller store foretak i å inngå internasjonale kontrakter.<sup>38</sup> Tilbakemeldingene og andre publikasjoner i etterkant av Kommisjonens meddelelsen av 2001 viser imidlertid at problemene er der, om enn uvisst i hvilken grad. Kanskje vil de også i økende grad oppstå bl.a. som følge av stadig større utbredelse av e-handel.<sup>39</sup> Det blir hevdet at vi i dag lever i en virkelighet som ikke passer inn i lovvalgstilnærmingen. Den tradisjonelle måten å tenke jurisdiksjon på er utrangert i en verden som ikke er delt inn i nasjonalstater og provinser, men nettverk, domener og hosts.<sup>40</sup> Videre lever vi i et Europa som stadig gjennomgår store forandringer. I tillegg til den økte e-handelen som har åpnet opp nye markeder, øker handelen generelt, folk er rikere, vi reiser mer og kommuniserer mer. Dette er med på å skape behov for en felles enhetlig kontraktrett.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Lando 2002, s. 207

<sup>38</sup> Wagner 2002, s. 1018

<sup>39</sup> Lando 2002, s. 207

<sup>40</sup> Juenger 2000, s. 305

<sup>41</sup> Lando 2000, s. 392



Det synes å være enighet om at forskjeller i de nasjonale kontraktsrettene kan ha negative virkninger for handelen over landegrensene og således vil kunne utgjøre en barriere for realiseringen av det indre marked.<sup>42</sup> Forskjellene viser seg, som identifisert over, på mange og viktige områder av kontraktsretten. Løsningen på problemene, uavhengig av i hvilken grad de forekommer, virker å være eliminering av forskjellene ved størst mulig harmonisering eller standardisering av regelverket på kontraktsrettens område. Det optimale vil være en kontraktsrett med gode materielle løsninger som erstatter nasjonal lovgivning og gjelder for alle transaksjoner. Felles regler gir klare gevinster slik at en felles EU-rettslig kontraktsrett vil være et egnet virkemiddel for realiseringen av det indre marked.

I hvilken grad vi vil kunne harmonisere regelverket avhenger imidlertid av flere faktorer enn hensynet til realiseringen av det indre marked. Det første og mest grunnleggende spørsmålet det må tas stilling til, er om Unionen har kompetanse til å vedta en felles EU-rettslig kontraktsrett og i så fall i hvilken grad denne åpner for harmonisering. Det er videre knyttet usikkerhet både til om medlemslandene vil kunne enes om felles løsninger, om det er ønskelig med et felles regelverk, samt hva slags kvalitet en felles rett vil få. Først når motforestillingene er presentert kan det antydes hvor langt harmoniseringen kan gå.

### **3 Kompetansespørsmålet**

En forutsetning for vedtakelse og innføring av en felles EU-rettslig kontraktsrett er at Fellesskapet har tilstrekkelig hjemmel. EF-traktatens art. 5.1 bestemmer at fellesskapsinstitusjonene skal utøve sin myndighet innenfor de grenser som oppstilles av konvensjonen og de formål som fremkommer av den. Spørsmålet blir så om Unionen i EF-traktaten er gitt tilstrekkelig kompetanse til å vedta en felles EU-rettslig kontraktsrett.

---

<sup>42</sup> von Bar 2001-2002, s. 9

I dag er det ingen bestemmelse i EF-traktaten som gir direkte og uttrykkelig hjemmel til at privatretten skal eller kan harmoniseres. Det betyr imidlertid ikke at unionen ikke har mulighet til å gripe inn på privatrettens område. Det må søkes etter indirekte kompetanse i bestemmelser som søker å fremme andre interesser, som hensynet til det indre marked.<sup>43</sup> De mulige hjemler som har vært nevnt i debatten er art 65 og 67, art 94 og 95, art 293 og art 308. Disse innskrenkes imidlertid av kravene til nærhet og proporsjonalitet i art 5. I tillegg kan det stilles krav til demokratisk legitimitet rundt en innføring av en slik felles EU-rettslig kontraktsrett. Hvilket krav som stilles til hjemmelen, avhenger av hvor langt harmoniseringen i det felles lovverket skal gå, dvs. anvendelsesområde, innhold og dets forhold til nasjonale bestemmelser. Det vil kreves en mer omfattende hjemmel for å innføre en ny rett, bindende for alle transaksjoner og som skal erstatte nasjonale kontraktslovgivninger, enn en rett som virker ved siden av nasjonalt regelverk som et valgfritt instrument ved internasjonale transaksjoner. Spørsmålet blir så om det finnes hjemmel og i så fall i hvilken grad den tillater harmonisering.

### 3.1 Artikkel 65 og 67

Det har vært anført at art 65 og 67 kan gi kompetanse.<sup>44</sup> Ut fra en ren ordlydstolkning synes ikke dette å være tilfellet. Art 65 gir Fellesskapet kompetanse til å vedta bestemmelser angående juridisk samarbeid i sivile saker som har grenseoverskridende element. Prosessen skal skje i henhold til art 67 i den grad det er nødvendig for funksjonen av det indre marked. Dette omfatter sivilprosessuelle og internasjonale privatrettslige spørsmål, jf. art 65, litra b og c. Materiell privatrett faller utenfor den direkte ordlyden i bestemmelsen. Går vi imidlertid inn og ser på formuleringene kan begrepet ”omfatte” tyde på at også andre nærliggende områder kan være gitt hjemmel for harmonisering i bestemmelsen, som materiell kontraktsrett. Denne tolkningen støttes av art K 1 (6) i Maastricht-traktaten om den Europeiske Union som er forløperen til art 65. Art K 1 (6) ble inkorporert i EF-traktaten ved Amsterdam-traktaten. I denne bestemmelsen var det tatt inn en begrenset katalog av vedtak som kunne tas med hjemmel i artikkelen. Katalogen ble ikke tatt inn i EF-traktaten. På denne bakgrunn kan

---

<sup>43</sup> Tilleman og Laing 2002, s. 90

<sup>44</sup> se Lando 2002, s. 203

art 65 forstås å være en ikke-uttømmende opplisting som holder døren åpen for videre harmonisering også av materielle bestemmelser, forutsatt på området for juridisk samarbeid.<sup>45</sup> Også rene formålsbetraktninger kan sies å støtte en slik tolkning. Art 65 gir kompetanse til å fremme samsvar mellom medlemslandenes sivilprosess i den grad dette anses nødvendig for å sikre tilfredsstillende avvikling av sivile rettssaker, jf. litra c. Dette kan synes å ytre et ønske om at nasjonale regler skal være i harmoni med hverandre for å unngå forstyrrelser på det indre marked. På området for materiell kontraktsrett er behovet for samsvar enda større.<sup>46</sup> På den annen side berører ingen av områdene oppregnet i art 65 materielle spørsmål og synes klart fokusert på prosess. Videre kan det forhold at katalogen ikke er tatt inn i bestemmelsen tolkes dit hen at Fellesskapet ønsket å begrense anvendelsesområdet for hjemmelen.

Selv om områdene bestemmelsen ramser opp antas for å være ikke-uttømmende og således åpner for harmonisering også av materielle bestemmelser, er det ikke dermed sagt at art 65 gir tilstrekkelig hjemmel for harmonisering eller standardisering av hele kontraktsretten. Spørsmålet er hvor langt bestemmelsen i så fall går, hvilken grad av harmonisering den hjemler. Ses artikkelen som en helhet må fremdeles kravet til nødvendighet for funksjonen av det indre marked være oppfylt. Som vist over synes det klart at den fragmentariske og uensartede lovgivningen på kontraktsrettens område har negative innvirkninger på realiseringen av det indre marked. I hvilken grad er imidlertid omstridt. Mange vil hevde at det i dag ikke er tilstrekkelig bevist at en felles EU-rettslig kontraktsrett er en nødvendighet for funksjonen av det indre marked. I alle fall ikke en felles rett som også skal regulere rene nasjonale kontrakter, og enda klarere om den skal erstatte nasjonal lovgivning. Bestemmelsen henviser til sivile saker som har ”grenseoverskridende element” dette kan tolkes som at artiklene kun gir hjemmel til å regulere internasjonale kontrakter.

Det er imidlertid svært usikkert om materielle bestemmelser kan vedtas med hjemmel i art 65 og 67, bestemmelsene har kun i beskjedne grad vært anført som mulig hjemmel. Videre kan det spørres om ikke en omfattende harmonisering på et så viktig område

---

<sup>45</sup> Rodríguez 2003, s. 258

<sup>46</sup> Lando 2000, s. 203

som kontraktsretten bør ha en klar hjemmel ut fra demokratiske hensyn. Art 65 og 67 synes lite egnet som hjemmelsgrunnlag for vedtakelse av en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>47</sup>

### 3.2 Artikkel 94 og 95

Art 94 gir Rådet myndighet ved enstemmighet til å ”gi direktiver om tilnærmingen av medlemsstatenes lover og forskrifter som har direkte betydning for det felles markeds opprettelse og virkemåte”. Bestemmelsen er knyttet til kompetanse for å fjerne hindringer på det felles markedet. Art 95 derimot gir Rådet myndighet til å treffe vedtak, som har som sitt siktemål å nå de mål som er satt i art 14, innføring av det indre markedet. Det felles marked kan sies å ha en annen rekkevidde enn det indre marked. Mens det felles markedet skal styrke de fire friheter og hindre vridning av konkurransen, søker det indre marked å fjerne alle hindringer for en harmonisk utvikling av all økonomisk aktivitet. Den praktiske forskjellen på disse to definisjonene blir imidlertid hevdet å være liten,<sup>48</sup> slik at begge bestemmelsene i utgangspunktet synes å kunne gi hjemmel for vedtakelsen av en felles EU-rettslig kontraktsrett. Det er forutsatt at vi med en felles rett her forstår en EU-rettslig kontraktsrett som skal harmonisere eller standardisere nasjonal rett. En ny kontraktsrett som virker ved siden av nasjonale bestemmelser vil falle utenfor artiklenes virkeområder.<sup>49</sup>

Bestemmelsene utelukker hverandre og etter en ordlydstolkning av art 95 synes den å være overordnet art 94, jf. formuleringen ”uten hensyn til artikkel 94”. Denne tolkningen støttes videre av EF-domstolens redegjørelse for forholdet mellom art 95 og art 175 i en sak vedrørende direktiv om titandioksidavfall.<sup>50</sup> Art 175, som art 94, gir kompetanse ved enstemmighet i Rådet. Art 95 gjennom sin henvisning til art 251 gir Rådet, etter å ha fremlagt forslag for Europaparlamentet, myndighet til å treffe vedtak ved kvalifisert flertall dersom den godkjenner alle endringsforslagene til Europaparlamentet som er inkludert av Kommisjonen i sitt revurderte forslag. Derimot må Rådet være enstemmig for å vedta forslag som ikke er støttet av parlamentet eller

---

<sup>47</sup> van Gerven og Tilmann 1999, s. 192

<sup>48</sup> Barents 1993, s. 104

<sup>49</sup> van Gerven og Tilmann 1999, s. 195

<sup>50</sup> Sak 300/89, (1991) ECR I-2867/2900 *Commission v. Council*, pkt. 17-21

hvis det ønsker å modifisere Kommisjonens revurderte forslag.<sup>51</sup> Art 95 ivaretar derfor i større grad hensynet til det demokratiske prinsipp. Domstolen uttaler i den nevnte dommen at denne samarbeidsprosedyren ikke må settes til side til fordel for hjemler som krever enstemmighet i Rådet.<sup>52</sup> På denne bakgrunn synes det klart at hvor art 95 er anvendelig hjemmel, vil art 94 ikke være det.<sup>53</sup>

Videre gir art 94 kun hjemmel for vedtakelse av direktiv. Direktiv sikrer harmonisering gjennom å sette krav til resultatet. Lovgivningsmetoden sikrer imidlertid ikke standardisering, et enhetlig regelverk som tolkes likt i alle medlemslandene. Dette er fordi medlemslandene selv bestemmer formen og midlene som skal anvendes for å nå målet.<sup>54</sup> Det kan derfor spørres om ikke regulering i form av en forordning i større grad vil bidra til den standardisering som synes nødvendig for et velfungerende indre marked. En forordning er allmenngyldig, det vil si at den er bindende og kommer direkte til anvendelse i medlemsstatene.<sup>55</sup> Direktiver som skal implementeres av medlemsstatene har den fordel at landene selv velger det midlet som skal benyttes for å nå målet. Direktivet åpner for nasjonale løsninger tilpasset det enkelte medlemslands behov. På den annen side medfører lovgivningsteknikken en risiko for forsinket og uriktig innføring.<sup>56</sup> Videre vil direktiver måtte utformes i vide formuleringer. Dette åpner for at formålet med reguleringene strekkes eller begrenses i medlemslandenes lovgivning slik at harmoniseringsmålet settes i fare.<sup>57</sup> Midlene frem til resultatet vil være uensartede slik at det vil være muligheter for forskjeller i lovgivningen som kan medføre usikkerhet. Den beste måten å sikre et standardisert regelverk på som i størst mulig grad vil motvirke problemene, redegjort for i del 2, vil være et felles regelverk gitt i form av en forordning. Kun da vil reglene være identiske og studier av de enkelte lands lovgivning fremstå som overflødig. Såfremt Fellesskapet ønsker å benytte seg av forordninger vil kun art 95 være anvendelig hjemmel.

---

<sup>51</sup> se art 251 for utfyllende beskrivelse av prosedyren

<sup>52</sup> Sak 300/89, pkt. 19

<sup>53</sup> van Gerven og Tilmann 1999, s. 193

<sup>54</sup> se EF art 249, 3. ledd

<sup>55</sup> se EF art 249, 2. ledd

<sup>56</sup> Rodrigues 2003, s. 261

<sup>57</sup> Müller-Graff 1998, s. 81

### 3.2.1 Artikkel 95

Denne kompetanseregelen har som nevnt innføring av det indre marked som siktemål, og er den bestemmelsen som hyppigst synes å være påberopt som riktig hjemmel for en felles EU-rettslig kontraktsrett. Det er også denne bestemmelsen som i størst grad har vært benyttet ved den harmoniseringen av privatretten. Fellesskapet har foretatt til nå. Art 95 ble lenge ansett for å være en nærmest åpen kompetansehjemmel for unionen, det ble hevdet at den ga hjemmel til alt regelverk som på en eller annen måte hadde relevans for konkurranseposisjonen til foretak.<sup>58</sup> Det var mange som talte for at bestemmelsen ga kompetanse til å harmonisere store deler av privatretten, kanskje også tilstrekkelig til å vedta en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>59</sup> Uensartede kontraktsreguleringer kan som vist over hindre eller begrense handel over landegrensene og således vri konkurransen innenfor unionen. Når en felles kontraktsrett har som siktemål å hindre dette ville art 95 gi tilstrekkelig hjemmel.

Tobakkdommen av 15. oktober 2000<sup>60</sup> har imidlertid fått mange fremtredende jurister til å avskrive artikkel 95 som mulig hjemmel, i alle fall for en kontraktsrett som også skal ha anvendelse på nasjonale transaksjoner.<sup>61</sup> I saken annullerte EF-domstolen et direktiv som forbød reklame for tobakksprodukter på grunn var manglende hjemmel. Retten sier i sin begrunnelse at det å gi artikkel 95 innhold av å være en generell hjemmel til å regulere det indre markedet, vil ikke bare være i strid med ordlyden i bestemmelsen, men vil også være i strid med kompetanseprinsippet i EF-traktaten art 5.1.<sup>62</sup> Videre uttrykkes at:

”Hvis den blotte konstatering af forskelle mellem de nationale lovgivninger samt den abstrakte risiko for hindringer for de grunnlæggende friheder eller tænkelige konkurrencefordrejninger, der kan udledes deraf, var tilstrækkelig til at begrunde

---

<sup>58</sup> Barents 1993, s. 107

<sup>59</sup> Basedow 1996

<sup>60</sup> Sak C-376/98, [2000] ECR I-8419, *Germany v Parliament and Council*

<sup>61</sup> se f. eks van Gerven 2002, s. 165

<sup>62</sup> Sak C-376/98, [2000] ECR I-8419, pkt. 83

valget af artikel 100 A (nå: art 95) som hjemmel, ville den retlige efterprøvelse af overholdelsen af hjemmelkravet vært berøvet enhver virkning.”

Retten vil være hindret fra å utøve funksjonen gitt den i art 164 (nå: art 220) som består av å sikre at loven er overholdt ved tolking og anvendelse av traktaten.<sup>63</sup>

Rettstilstanden etter dommen kan tolkes dit hen at en felles lovgivning ikke vil la seg rettferdiggjøre i nasjonale transaksjoner. Det er ikke behovet for felles EU-rettslige reguleringer i rene nasjonale kontraktsforhold.<sup>64</sup> Videre kan dommen forstås slik at harmonisering etter art 95 kun rettferdiggjør en sektortilnærming og ikke regulering av den generelle kontraktsretten uavhengig av om den gjøres valgfri.<sup>65</sup> Disse tolkningsresultatene sett i sammenheng leder til Dashwoods konklusjon om at bestemmelsen kun gir hjemmel for harmonisering av regelverket vedrørende grenseoverskridende transaksjoner på konkrete områder hvor det kan bevises at forskjeller i lovgivning skaper hindringer. Et eksempel er sektor for e-handel.<sup>66</sup> Drobning går imidlertid lengre og mener at art 95 klart gir hjemmel for regulering av den generelle kontraktsretten i grenseoverskridende transaksjoner,<sup>67</sup> også van Gerven synes å støtte at art 95 gir hjemmel til en slik regulering.<sup>68</sup>

Det finnes imidlertid også en annen måte å tolke tobakksdommen på som Jürgen Basedow har fremhevet i debatten. Han argumenterer for at dommen ikke utelukker en felles kontraktsrett med gyldighet også på rene nasjonale kontrakter. Basedow påpeker at om uttalelsene i dommen sees på bakgrunn av faktum i saken kan begrunnelsen gis en annen betydning. Det aktuelle tobakksreklamedirektivet kan etter nærmere gjennomgang selv sies å utgjøre en forringelse av det indre marked. Forbud mot reklame hindrer den frie konkurransen, spesielt i de markedene som tidligere har hatt nasjonalt monopol på salg av tobakk. Et slikt forbud vil gjøre det vanskelig for nye aktører å entre markedet. Det er på denne bakgrunn uttalelsene i dommen må leses. Det

---

<sup>63</sup> samme sak, pkt. 84

<sup>64</sup> van Gerven 2002, s. 164

<sup>65</sup> Kenny 2003, s. 547

<sup>66</sup> Dashwood 2002, s. 222

<sup>67</sup> Drobning 2002, s.345

<sup>68</sup> van Gerven 2002, s. 166

kan da hevdes at retten referer til fellesskapsregelverk som ikke bare bidrar til å forsterke strukturen i det europeiske tobakksmarkedet, men som også frarøver markedsføringsindustrien dens kanskje største inntektskilde. Ut fra dette kan det kanskje ikke sies med sikkerhet at retten avslår harmonisering på bakgrunn av en abstrakt argumentasjon om at en foreslått regulering *sannsynligvis* vil forbedre funksjonen av det indre marked, uten bevis for et spesielt behov. Dette understøttes videre av punkt 83 i dommen som sier at bestemmelser det refereres til i art 95 er bestemmelser som har som *intensjon* å forbedre forholdene for etableringen og funksjonen av det indre marked.<sup>69</sup>

På den annen side sier retten forholdsvis klart at abstrakte risikoer for hindring av den frie handelen ikke er tilstrekkelig for å vedta lovgivning med hjemmel i art 95, selv om faktum i saken omhandler et direktiv som i noen tilfeller kunne sies å virke hemmende på funksjonen av det indre marked. Basedows tolkning kan imidlertid til en viss grad sies å understøttes i sak fra EF-domstolen av 9. oktober 2001 angående annullering av direktiv vedrørende rettslig beskyttelse av biotekniske oppfinnelser.<sup>70</sup> Det dreide seg her om et område som allerede var regulert ved konvensjon. Om art 95 som kompetansehjemmel sier retten at:

”anvendelsen af artikel 100 A (nå: art 95) som hjemmel er mulig med henblikk på at undgå, at der opstår fremtidige hindringer for samhandelen, der skyldes en uensartet udvikling af de nationale lovgivninger, hvor det er sandsynlig, at sådanne hindringer vil opstå, og at den pågældende foranstaltning har til formål at forebygge dem.”<sup>71</sup>

Retten kom til at mulighetene for forskjellig tolkning var tilstrekkelig for å etablere en risiko for forskjeller i praksis og rettspraksis skadelig for funksjonen av det indre marked, art 95 ga derfor tilstrekkelig kompetanse. Basedow forstår begrunnelsen i dommen slik at det er tilstrekkelig for anvendelse av art 95 at innføring av en lovbestemmelse er tilbøyelig til å forbedre funksjonen av det indre marked. En slik

---

<sup>69</sup> Basedow 2002, s. 156

<sup>70</sup> Sak C-337/98, [2001] ECR, I-7079, *Netherlands v Parliament and Council*

<sup>71</sup> samme sak, pkt. 15



tilbøyelighet har en felles EU-rettslig kontraktsrett anvendelig på alle kontrakter. Art 95 gir således tilstrekkelig kompetanse til også å regulere nasjonale kontraktsforhold.<sup>72</sup>

De holdninger EF-domstolen har til grensene for kompetansen etter art 95 synes noe uklare. Sikkert er det imidlertid at kun konstatering av forskjeller ikke er tilstrekkelig. Det kan derimot ikke leses ut av dommene hvor stor grad av sannsynlighet for hindringer og forbedringer som må oppstilles for at bestemmelsen skal gi hjemmel. Flertallet av akademikerne som har gitt uttrykk for sine synspunkter på området synes å mene at tilstrekkelig kompetanse for innføring av en felles kontraktsrett som skal ha anvendelse på alle transaksjoner ikke finnes i dag. Hvor grensen går er imidlertid uklart. Det kan klart stilles spørsmålsteget ved om hele kontraktsretten vil tilfredsstille kravene til sannsynlighet, slik at en felles generell kontraktsregulering for alle transaksjoner lar seg rettferdiggjøre under bestemmelsen.<sup>73</sup> Kanskje vil allikevel en felles rett for internasjonale transaksjoner ligge innenfor art 95. Det kan synes som om spørsmålet ikke kan besvares med sikkerhet før det foreligger større empiriske undersøkelser som kan fortelle noe om virkningene den fragmenterte og uensartede kontraktslovgivningen har for realiseringen av det indre marked.

### 3.2.2 Demokratisk legitimitet

Prinsippet om prosessuelt demokrati står sterkt i Unionen. Art 5 er et utslag av prinsippet og som vist over foretrekker EF-domstolen at hjemler som inkluderer Europaparlamentet i vedtakelsesprosessen, som art 95, benyttes når flere hjemler er anvendelige. På den ene siden sikrer bestemmelsen demokratiske interesser ved at det demokratisk valgte Europaparlamentet tas med i beslutningsprosessen. På den annen side kreves det imidlertid ikke mer enn kvalifisert flertall for å vedta direktiver og forordninger etter art 95. Det blir blant fremtredende jurister uttrykt skepsis til at land kan bli nedstemt og tvunget til å implementere lovgivning de ikke ønsker på et så viktig område som kontraktsretten.<sup>74</sup> Gjennom reglene om kvalifisert flertall kan fire eller fem medlemsland, slik unionen ser ut i dag, stemme mot en slik lovgivning uten at det vil ha

---

<sup>72</sup> Basedow 2002, s. 156

<sup>73</sup> van Gerven 2002, s. 165

<sup>74</sup> Grundmann og Stuyck 2002, s. 16

noen innvirkning på resultatet. Det betyr at common law landene Irland og Storbritannia og de nordiske landene Sverige, Danmark og Finland, som står i en mellomposisjon hva angår rettskultur, kan risikere å bli nedstemt av civil law-landene<sup>75</sup> (mer om skillet mellom disse rettskulturene under punkt 4). Dette setter spørsmålsteget ved bruk art 95 som hjemmel ved innføring av så viktig lovgivning som en felles europeisk kontraktsrett. Betenkelighetene vil øke i styrke jo mer omfattende harmoniseringen gjennom en felles rett vil være.

### 3.3 Artikkel 293

Denne bestemmelsen kan ved første øyekast synes å inneholde mulig hjemmel for innføring av en felles EU-rettslig kontraktsrett. Art 293 gir medlemslandene rett til å innlede forhandlinger seg imellom for å sikre fordeler for sine borgere hvor dette fremstår som nødvendig. Som redegjort for i fremstillingens del 2 kan en felles kontraktsrett hevdes å være nødvendig for realiseringen av det indre marked.

Bestemmelsen begrenser imidlertid kompetansen til å gjelde fordeler på spesifikke områder hvor ingen synes å dekke en felles kontraktsrett. Art 293 vil derfor ikke kunne benyttes som hjemmelsgrunnlag for en felles EU-rettslig kontraktsrett. På den annen side hindrer selvfølgelig ikke bestemmelsen at det inngås avtaler medlemslandene imellom på andre områder enn de som er nevnt i artikkelen, utenfor EU-samarbeidet etter andre internasjonale regler.<sup>76</sup> Dette vil være et alternativ om Fellesskapet skulle vise seg ikke å ha tilstrekkelig hjemmel. Redegjørelse for denne muligheten ligger utenfor temaet for denne fremstillingen.

### 3.4 Artikkel 308

Forutsatt at ingen av de andre kompetansebestemmelsene gir tilstrekkelig hjemmel kan art 308 være en siste mulighet. Bestemmelsen gir Rådet kompetanse til å vedta reguleringer ved enstemmighet hvis et slikt vedtak viser seg nødvendig for å ”virkeliggjøre et av fellesskapets mål på det felles markeds virkeområde”. Det er forutsatt at traktaten ikke gir den nødvendige kompetanse andre steder. Bestemmelsen er altså subsidiær. Dette har den konsekvens at en felles kontraktsrett vedtatt med hjemmel i art 308 aldri vil kunne erstatte medlemslandenes nasjonale kontraktsrett, men

---

<sup>75</sup> van Gerven 2002, s. 172

vil være et supplerende regelsett som virker ved siden av. En kontraktsrett som skal erstatte nasjonal lovgivning vil falle inn under virkeområdet for art 95.<sup>77</sup> Videre ville en kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning antakelig uansett ikke kunne innføres med hjemmel i art 308 fordi et slikt vedtak vil ha konstitusjonell dimensjon. At vedtak med et slikt omfang er utelatt fra bestemmelsens anvendelsesområde ble slått fast av EF-domstolen i en uttalelse fra 1994.<sup>78</sup> Særlig for common law-landene, Irland og Storbritannia, kan innføringen av en felles kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning ha en konstitusjonell dimensjon.<sup>79</sup> Det er imidlertid langt mindre sannsynlig at en felles rett som ikke erstatter nasjonal kontraktsrett vil ha en slik dimensjon.

Basedow synes å åpne for at en helt valgfri kontraktsrett som ikke erstatter nasjonal lovgivning kan innføres med kompetanse i art 308.<sup>80</sup> Også Tilmann og van Gerven synes å mene at art 308 er riktig hjemmel for en slik rett.<sup>81</sup> Artikkelen stiller krav til at tiltaket må være ”nødvendig for å virkeliggjøre et av fellesskapets mål på det felles markeds virkeområde”. Regelverket må altså være nødvendig for realiseringen av det indre marked. Her vil diskusjonen bli lik den redegjort for under art 65 og art 95. Det er således usikkert om innføring av en valgfri rett som virker ved siden av nasjonalt lovverk, vil være nødvendig også for rene nasjonale transaksjoner. Dette kan stille seg annerledes for grenseoverskridende kontrakter. For disse transaksjonene synes art 308 å kunne gi hjemmel.

### 3.5 Nærhetsprinsippet

Forutsatt at en av de ovenfor diskuterte bestemmelsene gir hjemmel er det enda et krav som må være oppfylt for at det skal foreligge tilstrekkelig hjemmel for vedtakelse av en felles EU-rettslig kontraktsrett. Traktaten oppstiller krav om overholdelse av nærhetsprinsippet. Dette prinsippet fremgår i likhet med hjemmelsprinsippet av art 5. I nærhetsprinsippet ligger et krav om at på områder hvor Fellesskapet ikke har suveren

---

<sup>76</sup> van Gerven 1997, s. 467

<sup>77</sup> Basedow 1996, s. 1186-1187

<sup>78</sup> Opinion 2/94, [2006] ECR, I1759, pkt. 35

<sup>79</sup> van Gerven 1997, s. 468

<sup>80</sup> Basedow 1996, s. 1186-1187

<sup>81</sup> van Gerven og Tilman 1999, s. 195

kompetanse skal det ikke treffe tiltak såfremt formålene med det foreslåtte tiltak ikke i tilstrekkelig grad kan nåes av medlemslandene, men med hensyn til tiltakets omfang eller virkning bedre kan oppnås av Fellesskapet, jf art 5.2. Formålet er altså at en avgjørelse skal tas så nær den berørte EU-borger som mulig.

Det første spørsmålet som må stilles for å avgjøre om en felles EU-rettslig kontraktsrett vil tilfredsstille kravet til nærhet, er om harmonisering av kontraktsretten faller inn under Fellesskapets eksklusive kompetanse. Svaret på dette kan sies å være nei.<sup>82</sup> En annen måte å formulere spørsmålet på er å spørre om Fellesskapet har eksklusiv kompetanse til å utføre alle tiltak som har som formål å realisere det indre marked.<sup>83</sup> Spørres det på denne måten kan svaret være et annet. Problemet omkring eksklusiv kompetanse er imidlertid ikke avgjørende. Målet om en harmonisering av kontraktsretten kan uansett ikke i tilstrekkelig grad oppnås av medlemslandene alene.<sup>84</sup>

### 3.6 Oppsummering

Drøftelsen viser at det i dag hersker stor usikkerhet om i hvilken grad dagens kompetansebestemmelser inneholder hjemmel for en mer vidtgående harmonisering av kontraktsretten. Særlig tvilsomt er det om det finnes hjemmel for en felles EU-rettslig kontraktsrett som er ment å skulle erstatte nasjonale regler og ha anvendelse også på rene nasjonale transaksjoner. Motstanderne synes å telle flere enn tilhengerne av at slik hjemmel foreligger i dag. Derimot synes det å råde større enighet om at det foreligger tilstrekkelig kompetansegrunnlag for vedtakelse av en felles rett som kun skal anvendes ved grenseoverskridende transaksjoner. Konsekvensene for realiseringen av det indre marked i forhold til om en felles rett skal gjelde kun for internasjonale kontrakter eller også nasjonale kontrakter og om den erstatter nasjonale bestemmelser eller ikke, vil det bli redegjort for nærmere under del 5.

Videre angår debatten ikke bare hvilke artikler som kan være anvendelige, men også spørsmål omkring ønskeligheten og konsekvenser av å benytte de kompetansehjemlene

---

<sup>82</sup> samme sted, s. 201

<sup>83</sup> Rodríguez 2003, s. 260

<sup>84</sup> Basedow 1996, s. 1192-1193

som eventuelt måtte foreligge. Det synes klart problematisk å påtvinge medlemsland lovgivning av så fundamentalt viktig karakter som kontraktsretten. Kanskje bør heller ikke en omfattende harmonisering gjennom en felles rett, på et så viktig område som kontraktsretten bygge på en usikker kompetanse, men en klar og entydig hjemmel. I alle fall så lenge det er tale om flertallsavgjørelser. Det hevdes fra flere hold at den beste løsningen på problemet er å vente på et vedtak fra en Intergovernmental konferanse (IGC) og la medlemslandene der enstemmig bli enig om en utvidelse av EF-traktaten for å bringe kodifiseringen av en felles EU-rettslig kontraktsrett innenfor rekkevidden av traktaten.<sup>85</sup> En slik utvidelse må ratifiseres av alle medlemslandene under det enkelte lands konstitusjonelle krav. Da unngås problemene rundt demokratisk legitimitet. En annen løsning er i første omgang å gi en ny felles kontraktsrett anvendelse kun på grenseoverskridende transaksjoner til en videre hjemmel foreligger. Her synes det som nevnt å være noe større enighet om at tilstrekkelig hjemmel foreligger.

Meddelelsen fra Kommisjonen av 2001 tar i liten grad opp problemstillingene rundt mulig hjemmel. Kanskje er dette fordi vi enda er tidlig i prosessen, mye gjenstår av debatten før en felles kontraktslovgivning eventuelt kan vedtas. Det er i dag usikkert hvor langt harmoniseringen kan gå under foreliggende kompetansebestemmelser og det er mye som tyder på at medlemslandene nå ikke vil kunne enes om å gi Fellesskapet en utvidet kompetanse. Dette betyr imidlertid ikke at debatten og arbeidet med et omfattende kontraktslovverk bør stanse. Først når konsekvensene av den fragmentariske og uensartende lovgivningen er klarlagt og utarbeidelsene av mulige lovforslag begynner å ta form, vil medlemslandene kunne ta stilling til i hvilken grad harmoniseringen er ønskelig og da vil det enklere kunne enes om hjemmel.

Spørsmålet er så videre om en EU-rettslig kontraktsrett vil la seg gjennomføre uavhengig av, eller forutsatt at tilstrekkelig hjemmel foreligger. Det må også vurderes hvilke negative konsekvenser et slikt lovverk eventuelt vil føre med seg, om en felles rett er ønskelig.

---

<sup>85</sup> se f.eks van Gerven 2002, s. 173 og Kelly 2003, s. 547

#### **4 Kan kontraktsretten harmoniseres?**

Omfattende harmonisering av kontraktsretten, en standardisering som i størst mulig grad ivaretar hensynet til realiseringen av det indre marked, møter store utfordringer også utover spørsmålet om kompetanse. Før det tas stilling til hvor langt kontraktsretten kan harmoniseres er det nødvendig å redegjøre for argumentene mot en omfattende felles EU-rettslig kontraktsrett. Disse argumentene vil spille en avgjørende rolle i den endelige analysen, i del 5, av hvor langt kontraktsretten kan harmoniseres.

Om kontraktsretten kan harmoniseres i form av et omfattende felles regelverk er for det første et spørsmål om medlemslandene kan bli enige om felles løsninger. Et naturlig utgangspunkt for drøftelsen er å vurdere i hvilken grad mangelen på en europeisk rettskultur og forskjeller i landenes løsninger av konkrete problemstillinger vil utgjøre en hindring for en felles rett. Videre må det tas stilling til om det i det hele tatt er ønskelig med en felles kontraktsrett. Alternativet synes å møte stor motstand særlig på bakgrunn av den trussel en slik rett oppfattes å være mot landenes nasjonale suverenitet og kulturelle identitet. Endelig må det redegjøres for den skepsis som finnes til et slikt regelverks materielle kvalitet og muligheter til å holdes oppdatert.

I hvilken grad disse problemene oppstår vil variere med graden av harmonisering gjennom en felles kontraktsrett. Det vil si hva slags geografisk rekkevidde reglene vil ha, hvordan de vil forholde seg til nasjonal lovgivning og endelig det materielle innholdet. Redegjørelsen vil imidlertid ta utgangspunkt i den graden av harmonisering som synes å utgjøre det beste virkemiddelet for realiseringen av det indre marked. Nemlig, som konkludert i del 2, en enhetlig kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning for alle transaksjoner. Dette vil danne det beste grunnlaget for den etterfølgende analysen. Der vil det foretas en avveining mellom hensynene for og mot en omfattende felles kontraktsrett, med det formål å finne den graden av harmonisering som best ivaretar hensynene til det indre marked, men som allikevel synes som realistisk ved å ta hensyn til de tekniske hindringene og den motstanden en felles rett møter.

#### 4.1 Tekniske hindringer som følge av ulike rettskulturer og rettssystemer

Den fragmentariske og uensartede kontraktsretten som i dag eksisterer innenfor unionen, synes å være til hinder for et velfungerende indre marked. Nettopp denne fragmenteringen i seg selv og landenes ulike måte å håndtere problemer på, er også en av de aller største hindringene for en felles kontraktsrett, en rett som vil være et virkemiddel for realiseringen av det indre marked. Innenfor unionen slik den ser ut i dag har vi minst 15 ulike kontraktsretter. Det betyr ikke at vi har 15 forskjellige måter å løse ethvert kontraktsrettslig problem på, men som nevnt under del 2 er variasjonene mange og forskjellene store på viktige områder. Vanskelighetene med å komme til enighet på enkeltområder om en følge av store forskjeller i medlemslandenes måte å løse konkrete problemer på vil bli behandlet nedenfor i punkt 4.1.2. Først må det tas stilling til om de enkelte lands rettskulturer varierer i så stor grad at det hindrer en felles kontraktsrett allerede før diskusjonen rundt det materielle innholdet og løsningen av enkeltspørsmål tar til.

##### 4.1.1 Mangelen på en felles europeisk rettskultur

Et grunnleggende skille i rettskulturer har vi mellom de såkalte common law landene og civil law landene. Forskjellene mellom disse to rettstradisjonene blir påstått å være et hinder for en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>86</sup> Til common law landene i Unionen regner vi Storbritannia og Irland mens medlemslandene på kontinentet tilhører rettskulturen civil law. I en mellomstilling kommer de nordiske landene Finland, Sverige og Danmark. Hovedforskjellen mellom de to rettskulturene kan for det første sies å være metode for juridisk resonnering. Civil law tar utgangspunkt i vide generelle regler, men common law resonnerer fra sak til sak. For det andre skilles rettskulturene etter hvilken rettskilde de veier tyngst. Civil law landene som alle har kodifisert sin privatrett setter disse skrevne reglene høyest. Common law landene som ikke har en slik lovsamling av sivilrettslige regler legger mest vekt på rettspraksis. For det tredje skiller den historiske utviklingen de to kulturene. Forskjellene har grodd frem som resultat av ulikheter i landenes politiske, sosiale og intellektuelle historie med det resultat at både

---

<sup>86</sup> se Legrand 2002, s. 63

teknikker for å finne og anvende gjeldene rett samt den rettslige måte å tenke på har utviklet seg svært forskjellig.<sup>87</sup>

Enkelte jurister synes å mene at en felles rettskultur er en forutsetning for å kunne enes om en felles kontraktsrett. Den ulike historie de to rettskulturene har utviklet seg gjennom, har ført til kulturelle forskjeller dypt forankret i de enkelte samfunn og til rettssystem som gjenspeiler disse forskjellene på en slik måte at kontraktsrettene ikke kan samles i en felles rett,<sup>88</sup> i alle fall ikke som i nasjonal rett.<sup>89</sup> De prosjektene som har foregått i akademiske miljøer i Europa som Lando-kommisjonen og Study Group on a European Civil Code blir beskyldt for å forenkle betydningen av skillene mellom de to rettskulturene.<sup>90</sup>

Det synes imidlertid å herske uenighet om hvor ulike historier de to rettskulturene egentlig har gjennomgått. Selv om Europa de siste 200 år har hatt like mange kontraktsretter som nasjonalstater, fremheves de felles røttene rettskulturene i Europa bygger på i debatten, basert på romerretten og den kanoniske rett. Frem til 1600-1700-tallet formet hele det utdannede Europa en enhet også når det gjaldt rettsvitenskap. Retten ble anvendt på en internasjonal skala, hele Europa var en del av en felles rettskultur. Dette betydde ikke at utfallet av konflikter overalt var det samme, men at hele det juridiske Europa bygget på de samme prinsipper, *ius commune*. Det hevdes at disse røttene helt frem til i dag har dannet grunnlaget for noen underliggende prinsipper som begge rettskulturene bygger på. Røtter som det kan bygges videre på ved arbeidet mot en felles rett.<sup>91</sup> Ikke alle deler denne oppfatningen av hvilken innflytelse romerretten og den kanoniske rett har hatt og har på *common law* landene. Legrand mener at det aldri har vært tale om noen *ius commune* for hele Europa. For det første har engelsk rett i liten grad vært påvirket av romerretten. For det andre var *ius commune* kun et vitenskapelig produkt som bare ble brukt til å fylle hullene i den fragmenterte

---

<sup>87</sup> Zweigert og Kötz 1998, s. 259

<sup>88</sup> se Legrand 2002, s. 63

<sup>89</sup> se Wilhelmsson 2002, s. 81.

<sup>90</sup> Legrand 2002, s. 63

<sup>91</sup> Zimmermann 1998



sedvaneretten som gjaldt i Europa på den tiden. Den betegnede beskrivelse av europeisk rettshistorie er forskjeller og rettslig pluralisme.<sup>92</sup>

Det kan imidlertid spørres hva slags effekt forskjeller i rettskulturer har for resultatet ved løsning av konkrete problemstillinger. På tross av at det er store variasjoner mellom de rettslige teknikkene som benyttes i Europa mener Lando at de juridiske verdinormene er de samme i alle land som har en rettsorden av europeisk opprinnelse. Dette er kommet frem både ved studier av de internasjonale dommerne ved EF-domstolen og ved arbeidsgrupper som Landokommisjonen. Det synes som om rettsvitere fra forskjellige land stort sett er enige om hvordan løsningene på rettslige problemstillinger må være. Det kan imidlertid være store uenigheter omkring argumentasjonen for og begrunnelsene for avgjørelsen.<sup>93</sup> Dette synet støttes også av andre jurister som arbeider med komparativ rett. Like problemer synes å bli løst på tilnærmet lik måte i alle siviliserte rettssystem. Dette gjelder imidlertid kun for den materielle retten, når det kommer til prosessretten har common law og civil law utviklet seg svært forskjellig.<sup>94</sup>

Lando mener det er flere årsaker til disse felles verdinormene. For det første har romerretten, kristen etikk og de store europeiske moralfilosofers bidratt til å utforme alle rettssystemene i Europa. I nyere tid har demokratiet og dets institusjoner samt den Europeiske Union vært med på å forme rettsreglene. For det andre har også markedsøkonomien og industrialiseringen satt sitt preg på rettssystemene. Det hersker forholdsvis like økonomiske og sosiale forhold i medlemslandene. Dette fører til at de rettslige problemene som reiser seg i stor grad er de samme og løsningene på problemene etter økonomiske overveielser vil også bli de samme. Markedet er overalt avhengig av sikkerhet og forutsigelighet. Ved disse to argumentene viser Lando at selv om det er forskjeller i historien bak rettskulturene er det også likheter. For det tredje fremhever Lando miljøet dommere og andre rettsanvendere opererer i, et borgelig

---

<sup>92</sup> Legrand gjengitt i Rodríguez 2003, s. 282 (den opprinnelige kilden er på fransk)

<sup>93</sup> Lando 2000, s. 195

<sup>94</sup> Zweigert og Kötz 1998, s. 271

konservativt miljø. Dette særegne miljøet fører til en felles ideologi og opptreden.<sup>95</sup>

Selv om common law og civil law landene har utviklet seg forskjellig har det altså også vært likheter som bidrar til et felles verdisyn. Den kulturtradisjon vi har felles og den felles verdinormen som kan sees som et resultat av den, vil gjøre det enklere for Europas lovgivere når en felles EU-rettslig kontraktsrett skal utarbeides.<sup>96</sup>

Selv om Lando mener å identifisere en felles europeisk verdinorm ved løsning av privatrettslige spørsmål kan det ikke ignoreres at det i Unionen i dag eksisterer store forskjeller i hvordan de enkelte land har valgt å løse materielle kontraktrettslige problemer. Også på kontinentet er det store forskjeller i rettssystemene, selv om alle medlemslandene her tilhører civil law tradisjonen. Det forhold at flere jurister allikevel finner at de samme problemene, også utenfor kontraktsretten, blir løst på lik måte i forskjellige siviliserte rettssystemer, at vi har en felles verdinorm, kan imidlertid tyde på at det ikke er forskjeller i rettskulturer og rettshistorie som er avgjørende for om en felles EU-rettslig kontraktsrett lar seg realisere. Kanskje er det da andre årsaker som ligger bak forskjellene. van Gerven støtter dette synet. Han mener at kodifisering ikke er umulig på grunn av kulturelle forskjeller, i alle fall ikke når det gjelder generelle kontraktsrettslige regler.<sup>97</sup> Et annet forhold er at det kan gjøre prosessen frem mot en felles rett og arbeidet med å finne løsninger begge kulturene kan enes om vanskeligere. På den annen side har det allerede foregått en harmonisering av deler av kontraktsretten gjennom EU-rettslige direktiver og forordninger. Gjennom dette lovverket og den økte internasjonale handelen har de to rettskulturene hatt påvirkning på hverandre og nærmet seg hverandre ved i økende grad å kunne enes om generelle prinsipper.<sup>98</sup> Det kan da spørres om det ikke er andre hensyn, som angsten for å miste den nasjonale kulturelle identitet som i større grad vil være et hinder for en kodifisering enn hindringer av teknisk karakter på bakgrunn av forskjeller i rettskultur.<sup>99</sup> Dette spørsmålet vil bli behandlet videre under punkt 4.2.1.

---

<sup>95</sup> Lando 2002, s. 208-209

<sup>96</sup> Lando 2000, s. 196

<sup>97</sup> van Gerven 2002, s. 162

<sup>98</sup> Koopmans 1997, s. 544

<sup>99</sup> Rodríguez 2003, s. 282

#### 4.1.2 Konkrete problemområder

Kanskje er ikke forskjellige rettskulturer med ulik historisk bakgrunn i seg selv et hinder for en felles europeisk kontraktsrett. En kjensgjerning er imidlertid at problemstillinger på flere viktige områder innenfor kontraktsretten blir regulert ulikt i medlemslandene. Dette gjelder forskjeller både mellom landene på kontinentet, men også særlig mellom common law og civil law landene. Spørsmålet blir så om medlemslandene på viktige områder står så langt fra hverandre at de vanskelig kan enes om felles løsninger. Det vil her føre for langt å gå inn på alle deler av kontraktsretten hvor dette kan bli aktuelt. To sentrale områder vil bli behandlet. For det første den kanskje viktigste materielle forskjellen mellom common law og civil law landene på kontraktsrettens område, anerkjennelsen av prinsippet om "good faith". Deretter drøftes forskjeller i regelverket angående standardkontrakter. Dette er et område som viser at det ikke bare mellom common law og civil law landene er forskjellige løsninger på viktige spørsmål, men også mellom landene på kontinentet. Videre berører regelverket rundt standardkontrakter i særlig grad internasjonal handel, slik at en vellykket harmonisering av dette området vil ha stor betydning for et velfungerende indre marked.

##### 4.1.2.1 Prinsippet om "good faith"

Som nevnt over er metode for juridiske resonnementer en av hovedforskjellene mellom common- og civil law tradisjonene. Civil law tar utgangspunkt i vide generelle regler, mens common law resonnerer fra sak til sak. Kravet til "good faith", som litt forenklet kan sies å være et krav til lojalitet i forretningsforhold, går som en rød tråd gjennom hele kontraktsretten til civil law landene og er tatt inn i de fleste landenes civil code. Det blir hevdet å være den høyeste kontraktsrettslige norm.<sup>100</sup> Prinsippet er imidlertid ikke anerkjent som et generelt prinsipp innenfor common law tradisjonen. Spørsmål er så om dette utgjør en så fundamental forskjell mellom de to rettskulturene at en felles kontraktsrett for hele unionen ikke vil la seg gjennomføre.

Prinsippet gir seg utslag allerede på forhandlingsstadiet hvor det modifiserer de klare reglene for når bindene kontrakt foreligger etter tilbud og aksept. Forhandles det ikke i good faith kan en kontraktspart bli ansvarlig for den annen parts tap om kontrakt ikke

---

<sup>100</sup> Hesselink 1998, s. 287

kom i stand, culpa in contrahendo. Videre har prinsippet ført til at flere civil law land på kontinentet har innført en plikt for partene i kontraktsforhandlinger til å fremlegge all nødvendig informasjon. Når kontrakt så er inngått, vil prinsippet være førende på alle stadier av kontraktsforholdet.<sup>101</sup> Slike bestemmelser finnes ikke i irsk eller engelsk rett. De siste tiårene har allikevel forskjellene mellom rettskulturene blitt mindre.<sup>102</sup> Dette har også syntes å være tendensen når det gjelder anerkjennelsen av good faith-prinsippet. Flere juridiske forfattere, som O'Conner og Lücke mente på slutten av 80-tallet og begynnelsen av 90-tallet at Engelsk rett var på vei til å innføre prinsippet.<sup>103</sup> Troen på dette endret seg imidlertid ved en dom avsagt i 1992 hvor The House of Lords gjorde det klart at innføring av good faith-prinsippet ikke ville bli aktuelt i engelsk rett.<sup>104</sup> En senere dom fulgte opp dette og viste at doktrinen ikke er akseptert.<sup>105</sup> van Erp trekker på bakgrunn av disse dommene den konklusjon at en civil code som innfører prinsippet vil være totalt uakseptabelt for England.<sup>106</sup>

Uttalelsen fra The House of Lords har imidlertid blitt kritisert i England.<sup>107</sup> Videre kan det kanskje sies at de to rettskulturene ikke avviker så sterk fra hverandre hvis et utgangspunkt tas i hva som ligger i prinsippet i stede for å sette navn på det. Good faith-prinsippet ligner det engelske "equity",<sup>108</sup> en doktrine som innebærer at retten også bør ta rimelighetshensyn, ikke bare følge lovens bokstav.<sup>109</sup> Doktrinen har hatt stor betydning i engelsk retts historie. Fra 1200-tallet hadde equity en egen domstol i England som satte til side urimelige avgjørelser fra common law domstolene på bakgrunn av lite fleksible lover. Senere fra 1400-tallet ble det også utarbeidet et egen

---

<sup>101</sup> van Erp 1994, s. 119

<sup>102</sup> Zweigert og Kötz 1998, s. 267

<sup>103</sup> O'Conner og Lucke referert i van Erp 1998, s. 209

<sup>104</sup> Walford v Miles [1979] 2 WLR 174

<sup>105</sup> Pitt v. P.H.H. Asset Management Ltd. [1994] 1 WLR 327

<sup>106</sup> van Erp 1998, s. 210

<sup>107</sup> Hondius 1994, s. 8

<sup>108</sup> Hesslink 1998, s. 309

<sup>109</sup> Lind 2000, s. 95

equity lovverk som virket ved siden de ordinære common law lovene. I 1875 ble den prosessuelle delen av equity og common law slått sammen.<sup>110</sup>

Kanskje behøver ikke good faith-prinsippet tas inn i teksten til en ny felles lov, men virke som et sikkerhetsnett for å hindre urimelige avgjørelser, som en tolkningsfaktor eller som et supplement til de andre lovbestemmelsene på samme måte som ”equity” er det.<sup>111</sup> Problemet med forskjeller i lovgivning som har kommet som et resultat av good faith-prinsippet, som culpa in contrahendo, vil imidlertid ikke være løst ved å utelate selve prinsippet fra ordlyden.

Det er vanskelig å si noe sikkert om ulike holdninger til prinsippet om good faith kan komme til å bli en hindring i utarbeidelsen av en ny felles kontraktsrett. Kanskje kan vi heller ikke si noe sikkert om betydningen av prinsippet før vi vet noe mer om det regelverk det skal virke sammen med.<sup>112</sup>

#### 4.1.2.2 Standardkontrakter

Meddelelsen fra Kommisjonen av 2003 identifiserer den fragmentariske og uensartede lovgivningen vedrørende standardkontrakter som en hindring for funksjonen av det indre marked.<sup>113</sup> Dette gjelder særlig fordi nasjonale lover som regulerer inngåelse og gyldighet av standardkontrakter ofte er preseptoriske.<sup>114</sup> Som nevnt under del 2 øker transaksjonskostnadene når selskap ikke kan benytte seg av samme salgsstrategi og samme standardkontrakter i alle medlemslandene. Det blir da av stor interesse å se på mulighetene for å kunne enes om et felles regelverk på dette området.

Den fragmentariske reguleringen av standardkontrakter i Unionen skaper ifølge meddelelsen av 2003 problemer særlig på to områder, inngåelse og gyldighet. Hva angår inngåelse kan standardformularer inntas i en kontrakt på flere forskjellige måter ved alt fra en enkel henvisning til å inngå som en del av kontraktsteksten. I noen

---

<sup>110</sup> Craig 1999, s. 29-31

<sup>111</sup> Hesselink 1998, s. 309

<sup>112</sup> Hesselink 1998, s. 310

<sup>113</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 36-38

<sup>114</sup> Basedow 2002, s. 149

medlemsland er den første metoden tilstrekkelig for at formularen skal anses inntatt, mens det i andre kreves at standardklausulene ligger som vedlegg eller at den signeres separat.<sup>115</sup> De fleste medlemslandene er imidlertid i dag enige om at medkontrahenten i det minste må ha hatt en realistisk mulighet til å sette seg inn i standardvilkårene.<sup>116</sup> Dette er også et krav i direktivet om urimelige kontraktsvilkår.<sup>117</sup> Enkelte land som Tyskland går videre fra dette utgangspunktet og krever i tillegg f. eks at medkontrahenten blir gjort spesielt oppmerksom på vilkår inntatt i standardkontrakten som han ikke med rimelighet kunne forvente.<sup>118</sup>

En felles EU-rettslig kontraktsrett trenger en regulering av problemene rundt inngåelse av standardkontrakter. Reglene er i dag relativt like, selv om ulikheter finnes, og enighet bør være overkommelig.<sup>119</sup> Hvordan reglene bør se ut avhenger imidlertid av hva slags krav det felles lovverket vil sette til gyldigheten av bestemmelser tatt inn i standardformularer. En vid rimelighetssensur gir mindre behov for enkel tilgang til standardformularene enn en begrenset eller ingen sensur.

Gyldigheten av standardformuleringer er på området for forbrukerkontrakter allerede regulert av Fellesskapet gjennom det overfor nevnte direktivet om urimelige kontraktsvilkår. Utenfor anvendelsesområdet for disse bestemmelsene er variasjonene store.<sup>120</sup> De nordiske landene og Tyskland foretar en bred rimelighetssensur av alle typer kontraktsreguleringer, også individuelt fremforhandlede, uavhengig av om det dreier seg om en ren forretningsavtale eller en forbrukerkontrakt. Dette skiller seg sterkt fra England som ikke anerkjenner noe generelt rimelighets- eller rettferdighetsprinsipp utenfor forbrukerkontrakter. Dette må ses i sammenheng med, som nevnt i 4.1.2.1, at England ikke anerkjenner ”good faith” som et generelt prinsipp.<sup>121</sup> Andre land, som Frankrike, foretar bare i liten grad kontroll med standardformularer og på området for

---

<sup>115</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 36

<sup>116</sup> Wilhelmsson 1998, s. 261

<sup>117</sup> Direktiv 93/13 vedlegg eksempel (i)

<sup>118</sup> Wilhelmsson 1998, s. 261

<sup>119</sup> Wilhelmsson 1998, s. 265

<sup>120</sup> Basedow 2002, s. 151

<sup>121</sup> Wilhelmsson 1998, s. 263

rene forretningsavtaler mellom profesjonelle parter blir bare enkelte spesielle kontraktsklausuler underkjent som ugyldige. Til dette kommer at medlemslandene gjennom direktivet om urimelige kontraktsvilkår ikke er pålagt å prøve hoveddelene av avtalen, som pris. Også dette skiller seg fra nordisk og tysk rett.

Spørsmålet er så om reglene rundt gyldighet av standardkontraktsklausuler er så forskjellige at medlemslandene ikke vil kunne enes om en felles regulering. Innføringen av direktivet om urimelige kontraktsklausuler i forbrukerkontrakter tyder på at oppgaven ikke er umulig. Har enighet vært mulig her, bør det også være det på et bredere område.<sup>122</sup> Kanskje vil også medlemslandene i større grad enn ellers være villige til å inngå kompromiss sett på bakgrunn av den betydningen reglene synes å ha for den internasjonale handelen. På den annen side står prinsippet om privat autonomi sterkt i common law landenes kontraktsrett. Inngripen i prinsippet vil stå seg annerledes ved beskyttelse av profesjonelle parter enn for forbrukere som i mindre grad er skikket til å ivareta egne interesser. På motsatt side av skalaen står de nordiske landene som vil se det som et tilbakeskritt å skulle godta en rimelighetssensur mindre omfattende enn bestemmelsen i landenes avtalelover § 36.

#### 4.2 Motstand mot en felles europeisk kontraktsrett

Tekniske hindringer på bakgrunn av forskjellige rettskulturer og de ulike løsningene på problemstillinger innenfor kontraktsretten er en utfordring som vil kreve tid og forhandlingsvilje. Prosessen mot å finne løsninger alle medlemslandene kan enes om er imidlertid allerede i gang gjennom arbeidet som gjøres i grupper som Landokommisjonen og Study Group on a European Civil law. Et annet spørsmål er om det er ønskelig med en felles kontraktsrett på tross av den positive effekten en slik lovgivning vil ha for funksjonen av det indre marked. Motstanden i medlemslandene mot et slikt felles regelverk er i dag kanskje en større hindring enn de tekniske omkring mulighetene for å kunne enes om et felles regelverk.<sup>123</sup> Særlig med bakgrunn i usikkerheten omkring hvor langt Fellesskapet er gitt hjemmel til å vedta en slik lovgivning, blir støtte for prosjektet viktig. Finnes ikke tilstrekkelig hjemmel i dag vil

---

<sup>122</sup> Wilhelmsson 1998, s. 265

<sup>123</sup> Rodrigues 2003, s. 282

Unionen som nevnt over være avhengig av ny kompetanse gitt enstemmig av medlemslandene for å kunne vedta en felles kontraktslovgivning. Motstanden grunner særlig i skepsis til EU-rettslig kodifisering på bekostning av nasjonal suverenitet og kulturelle identitet, samt frykten for at en slik lovgivning skal bli av dårlig kvalitet, lite fleksibel og vanskelig å endre.

#### 4.2.1 Kodifisering og nasjonal suverenitet

Det er ikke vanskelig å forestille seg at det i dag er common law landene som synes i største grad å motsette seg en felles EU-rettslig kontraktsrett.<sup>124</sup> Landene har ingen tradisjon for å kodifisere gjeldende rett. Heller ikke de nordiske landene har i dag et samlet kontraktsregelverk. Dette forholdet behandles under avsnittet for motstand og ikke under tekniske hindringer på bakgrunn av rettskulturer, fordi det i dag vanskelig kan sies å være rettskulturelle hindringer for at common law landene kodifiserer kontraktsretten. Motstanden mot kodifisering i seg selv hindrer ikke medlemslandene i å kunne enes om retts tekniske løsninger. Landene har også startet kodifiseringsprosesser allerede gjennom den lovgivning som til nå har kommet fra Unionen. Dette utgjør et betydelig regelverk.<sup>125</sup>

Kanskje er motstanden i de konservative common law landene i dag for stor til at de vil kunne støtte et forslag om en felles rett. Tilbakemeldingene Kommisjonen fikk etter meddelelsen av 2001 tyder på dette.<sup>126</sup> von Bar ser det slik at skulle det vise seg umulig å overbevise disse landene om en kodifisering, burde de allikevel ikke stoppe de andre landene.<sup>127</sup> Vi må gå frem steg for steg uten for mye press på de landene som trenger mer tid.<sup>128</sup> Kan landene på kontinentet enes om en felles kontraktsrett, vil denne få store konsekvenser også for common law landene gjennom det store antall transaksjoner som daglig skjer mellom disse rettskulturene. På denne måten kan retten få innpass og kanskje gradvis endre holdningene til en felles EU-rettslig kontraktsrett. Hvor lang tid dette vil ta er det umulig å antyde noe om.

---

<sup>124</sup> Lando 2000, s. 201

<sup>125</sup> Zweigert og Kötz 1998, s. 6

<sup>126</sup> COM (2001) 398 final, annex, pkt. 4.4.1

<sup>127</sup> von Bar 2001-2002, s. 11

<sup>128</sup> von Bar 2002, s. 143



Det er imidlertid ikke bare i common law landene vi møter motstand mot en felles EU-rettslig kontraktsrett. Mange jurister i Europa i dag, også på kontinentet, ønsker ikke en felles kontraktsregulering. Bakgrunnen er ikke i motstand mot kodifisering i seg selv, men et ønske om å bevare den nasjonale kontraktsretten. Kontraktsretten oppfattes av mange jurister som en del av landenes kulturarv som reflekterer sjelen til folket.<sup>129</sup> Argumentasjonen her handler ikke om mulighetene for å kunne enes om en felles tekst. Det dreier seg ikke om tekniske hindringer, men en motstand mot inngripen i medlemslandenes nasjonale suverenitet og kulturelle identitet.

Noe av denne holdningen til kontraktsretten kan forklares i omstendighetene da flere av medlemslandene fikk sin civil code. Lovene som kom på 1800-tallet og tidlig på 1900-tallet ble et uttrykk for nasjonal suverenitet og fikk således en symbolverdi.<sup>130</sup> Dette gjelder f. eks. Italias civil code fra 1865 og Tysklands fra 1900.<sup>131</sup> Det kan imidlertid settes spørsmålstegn ved i hvilken grad nasjonal suverenitet er et mål medlemslandene ønsker å etterstrebe i dag. Er ikke nettopp EU ment å skulle samle de europeiske landene for å gjøre det bedre for oss alle. Lando påpeker at kontraktsrett ikke er forklore. Han fremhever den symbolverdien en *felles* kontraktsrett vil ha.<sup>132</sup> Det fremste målet for Unionen i dag er et velfungerende indre marked og ikke nasjonal suverenitet.<sup>133</sup> Nasjonalfølelsen står imidlertid sterkt hos mange og skal ikke undervurderes. For mange vil det være utenkelig å skulle erstatt en nasjonal civil code, eller deler av den med en supranasjonal kontraktsrett.<sup>134</sup> Lando innser da også at en ny EU-rettslig kontraktsrett vil koste svette, tårer og penger. Det emosjonelle forholdet jurister har til sitt eget lands kontraktsrett vil være en seriøs hindring, en hindring som må overvinnes for å realisere det indre marked.<sup>135</sup>

---

<sup>129</sup> Lando 2001, s. 209

<sup>130</sup> von Bar 2001, s. 12

<sup>131</sup> Rodrigues 2003, s. 274

<sup>132</sup> Lando referert i von Bar 2001, s. 12 (det fremgår ikke når eller hvor Lando uttrykte dette)

<sup>133</sup> von Bar 2001, s. 12

<sup>134</sup> Rodrigues 2003, s. 274

<sup>135</sup> Lando 2002, s. 209

#### 4.2.2 Materiell kvalitet

Fra motstad mot en felles EU-rettslig kontraktsrett på bakgrunn av nasjonal suverenitet og kulturelle forskjeller, kan det trekkes en linje mot bekymringene for den materielle kvalitet en felles kontraktsrett vil få. Det har vært anført i debatten at alle medlemslandene har hver sin sosiologiske bakgrunn og de nasjonale kontraktslovgivningene er alle i større eller mindre grad designet for å ivareta disse spesielle sosiologiske aspektene. Det hevdes at en felles kontraktsrett ikke vil være i stand til å ivareta de regionale særegenhetene, markedene og den sosiale praksis, slik at vedtakelse av et slikt regelverk vil true kvaliteten til kontraktsretten i Europa.<sup>136</sup> Med dette menes altså at en standardisering av retten i Europa vil skje på bekostning av kvaliteten på lovbestemmelsene. En felles kontraktsrett vil utgjøre et kompromiss mellom 15 forskjellige retter. Medlemslandene vil måtte gi og ta slik at sluttproduktet ikke vil være spesielt tilpasset et bestemt lands behov.

Et annet resultat av kompromissene som må inngås er faren for mangel på sammenheng i lovverket som igjen kan føre til usikkerhet. Dette er kompromissløsninger som hevdes å være et steg bakover i stede for fremover for kontraktsretten i Europa.<sup>137</sup>

Ikke bare mangel på sammenheng innenfor det felles kontraktsrettslige regelverk kan være en fare for kvaliteten, men også mangel på sammenhengen med den juridiske verdenen kontraktsretten opererer i. Kontraktsretten henger sammen med andre rettsområder som erstatningsrett og eiendomsrett slik at de til sammen danner en helhetlig privatrett.<sup>138</sup> Ved å trekke kontraktsretten ut av denne helheten vil nasjonal privatrett miste noe av sin helhet og således gjøres kvalitativt dårligere.

#### 4.2.3 Vanskeligheter med å holde loven oppdatert

Flere aktører i debatten fremhever at landene og rettskulturene låner rett fra hverandre. I dette ligger at når landene ønsker en bedre løsning på en rettslig problemstilling, søker de over landegrensene for å finne inspirasjon til bedre løsninger. At noe bør gjøres

---

<sup>136</sup> Madsen 1993, s. 108

<sup>137</sup> Bonell 1997, s. 506

<sup>138</sup> Markesinis 1997, s. 520

kommer til syne bl.a. ved at partene i internasjonale avtaler benytter et annen lands lovverk. På denne måten utvikler de nasjonale kontraktsrettene seg hele tiden. Dette skjer i takt med samfunnsutviklingen og vi får en sunn konkurranse mellom rettssystemene. Når kontraktsrettene i Unionen forenes, mister vi denne naturlige oppfordringen til fornyelse og forbedring i takt med utviklingen.<sup>139</sup> Dette har en side både mot kvalitet og fornyelse.

Videre uttrykkes det bekymring for det tungroddede systemet som EU-byråkratiet representerer. Det finnes eksempler fra enkelte direktiver på forbrukerkontraktenes område som søker å regulere spesielle problemer på et konkret tidspunkt. Det har imidlertid ofte gått lang tid fra et direktiv blir foreslått til det implementeres i nasjonal rett. Dette kan hindre oppdatering av lovverket. Særlig med tanke på at e-handel er et av de rettsområdene hvor behovet for harmonisering synes størst, er det bekymringsfullt at oppdateringer kan komme til å gå sent. Her utvikler teknologien seg svært raskt.<sup>140</sup>

I tillegg til at det tar tid for eventuelle endringer å passere systemet, kan et ytterligere forsinkelsesmoment bli redselen for i det hele tatt å ta opp endringsforslag. En felles kontraktsrett vil møte mange utfordringer i tilblivelsesfasen og vil i stor grad måtte bli et produkt av kompromisser. Det kan da synes vanskelig å ta opp igjen enkelte problemområder innen en viss tid er gått.<sup>141</sup>

von Bar mener imidlertid at bekymringen angående oppdatering er prematur. Når vi først har kommet ordentlig i gang med lovforarbeidet, kan vi ta stilling til hvilken grad av fleksibilitet som er ønskelig og hvordan dette best kan sikres.<sup>142</sup>

### 4.3 Oppsummering

Fremstillingen over viser at det ikke kun er når det kommer til spørsmålet om hjemmel at innføringen av en felles europeisk kontraktsrett møter utfordringer. Nettopp den fragmenteringen og uensartetheten som skaper hindringer for den frie handelen og

---

<sup>139</sup> Wagner 2002, s. 1012

<sup>140</sup> Rodrigues 2003, s. 277

<sup>141</sup> McKendrick manuskript fra konferanse i Coimbra 2000, referert i Rodrigues 2003, s. 277

<sup>142</sup> von Bar 2001, s. 11

realiseringen av det indre marked, er også den største hindringen på veien mot et enhetlig felles regelverk.

Problemer som følge av ulike rettskulturer og ulike løsninger på konkrete problemstillinger er en utfordring. Prosjekter som Landokommisjonen og Study Group on a European Civil Code kan være en indikasjon på at det nytter å finne løsninger som medlemslandene kan enes om. På den annen side er det ikke gitt at et felles lovverk vil la seg utforme selv om grupper av akademikere som representerer begge rettskulturene kan komme til enighet om felles prinsipper.

Videre vil det bli en stor utfordring å utarbeide et lovverk som tilfredsstiller de ulike sosiologiske behovene i medlemslandene. Lovverket må ikke i seg selv blir en hindring for handelen ved at den ikke oppfyller kontraktspartenes ønsker og behov. Det må også finnes løsninger på problemet knyttet til hvordan regelverket skal holdes oppdatert.

Den større utfordringen vil kanskje allikevel være den motstanden som i dag finnes i Unionen mot en felles regulering av kontraktsretten. Harmonisering eller standardisering av privatretten oppfattes av mange å være en krenkelse av medlemslandenes nasjonale suverenitet. Så lenge motstanden mot en felles rett er slik den synes å være i dag, vil derfor vedtakelse av et omfattende felles regelverk kanskje være urealistisk.

Hvor store hindringer de ovenfor nevnte utfordringene utgjør, avhenger imidlertid som nevnt av anvendelsesområdet for et nytt lovverk, dets forhold til den nasjonale kontraktsretten og det materielle innhold retten vil ha. Når det nå er redegjort for argumentene for og imot en felles kontraktsrett som anføres i debatten kan trådene samles for å finne de beste og samtidig i dag mest realistiske løsningene.

## 5 Hvor langt skal harmoniseringen gå?

I meddelelsen av 2001 fremsatte kommisjonen tre mulige løsninger for hvor bindende en ny allmenngyldig lovgivning på fellesskapsplan kan være. Et alternativ er å innføre en valgfri modell som partene selv kan avtale om de vil benytte. Dette vil være et regelsett som eksisterer ved siden av nasjonal rett. Videre vil en annen mulighet være å innføre et sett regler som kommer til anvendelse på kontraktsforholdet om ikke det motsatte fremgår uttrykkelig av kontrakten. En slik løsning vil kunne eksistere ved siden av nasjonal rett eller erstatte den. Endelig kan det innføres et regelsett som ikke kan avvikes ved avtale. Et slikt regelsett vil erstatte nasjonal lovgivning.<sup>143</sup> Det vil også, selv om ikke meddelelsen nevner dette, kunne skilles mellom grenseoverskridende og rene nasjonale transaksjoner. Endelig finnes ulike modeller for hva lovverket skal inneholde. Dette innebærer spørsmål om hvilke deler av kontraktsretten som bør være med, inkludert bruk av preseptoriske og deklatoriske regler, om lovverket skal regulere generell eller spesiell kontraktsrett og om de enkelte bestemmelsene skal utformes som generelle prinsipper eller detaljert lovgivning.

Ut fra denne oversikten er det klart at det kan tenkes et utall forskjellige kombinasjoner og modeller for hva slags form og innhold en felles EU-rettslig kontraktsrett kan ha. Spørsmålet er så hvilken sammensetning av disse faktorene som vil være den beste.

Ovenfor er det redegjort for de viktigste argumentene for og imot en felles EU-rettslig kontraktsrett. Del 2 av denne fremstillingen viser hvilke innvirkninger den fragmentariske og uensartede lovgivningen har for realiseringen av det indre marked og hvordan en standardisert lovgivning vil kunne bote på problemet. Del 4 omhandler de utfordringer et felles lovverk vil møte, inkludert de bakdeler en omfattende harmonisering gjennom en felles rett synes å ha. Dette er bakdeler som også vil kunne utgjøre en hindring for handelen. Den videre fremstillingen vil sammenstille disse to sidene. Formålet er å finne de løsningene som både er de mest optimale for realiseringen av det indre marked, men som samtidig er realistiske og gode løsninger for hvordan en felles EU-rettslig kontraktsrett kan se ut og anvendes i nær fremtid.

---

<sup>143</sup> COM (2001) 398 final, pkt. 66 og 67

Den mest grundige måten å drøfte de ulike alternativene for en felles kontraktsrett på, er å behandle alle kombinasjonsmåter hver for seg. Dette vil imidlertid gå langt utover rammen for denne fremstillingen og vil lett føre til gjentakelser. Jeg vil derfor behandle de enkelte gruppene av faktorer hver for seg i den grad det lar seg gjøre for så deretter å samle resultatene av drøftingene i avslutningen.

## 5.1 Forholdet til nasjonal rett og geografisk anvendelsesområde

Kommisjonenens meddelelse av 2001 skiller mellom alternativet hvor en felles rett virker ved siden av og hvor den erstatter nasjonal lovgivning.<sup>144</sup> Det synes imidlertid forutsatt at en felles kontraktsrett vil gjelde på samme måte for nasjonale som for grenseoverskridende transaksjoner. På bakgrunn av tilbakemeldingene på denne meddelelsen lanserte Kommisjonen en ny løsning i meddelelsen av 2003, som også skiller mellom disse to geografiske anvendelsesområdene. Det åpnes her for at en ny felles kontraktsrett kan ha forskjellig innvirkning på nasjonale og grenseoverskridende transaksjoner.<sup>145</sup>

### 5.1.1 En felles kontraktsrett for alle transaksjoner som erstatter nasjonal lovgivning

Når flere fremtredende jurister anser det endelige målet for å være en EU-rettslig kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning for alle transaksjoner, er dette begrunnet i de klare fordeler en standardisert felles rett synes å ha for funksjonen og realiseringen av det indre marked. Som vist under del 2 skaper den fragmenterte og uensartede kontraktslovgivningen høye transaksjonskostnader som hindrer den frie handelen og vrir konkurransen.

For den frie handelen og ønsket om reduserte transaksjonskostnader synes én felles standardisert rett som det beste alternativet, den optimale løsningen for realiseringen av det indre marked. Fremstillingen over viser imidlertid at en slik lovgivning støter på store og kanskje uovervinnelige utfordringer. For det første hersker det uvisshet om Fellesskapet har tilstrekkelig hjemmel. For det andre gir en slik enhetlig rett også de mest ekstreme utslagene av de problemene en felles rett vil møte ved innføring på grunn

---

<sup>144</sup> COM (2001) 398 final, pkt. 66 og 67

av forskjellige rettskulturer og rettssystemer. For det tredje kan en enhetlig kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning få problemer med kvalitet som følge av ulike preferanser og behov i de forskjellige medlemslandene. Videre kan mangel på konkurranse i et slikt rettssystem gjøre det vanskelig å holde loven oppdatert. Endelig er kanskje den aller største utfordringen den motstanden en kontraktsrett som erstatter nasjonale lovverk møter fordi den oppfattes som en krenkelse av den nasjonale suverenitet og kulturelle identitet.<sup>146</sup>

### 5.1.2 En felles kontraktsrett for alle transaksjoner som ikke erstatter nasjonal lovgivning

Spørsmålet er så om en EU-rettslig kontraktsrett som virker ved siden av de nasjonale kontraktsretter, i samme grad som et lovverk som erstatter den nasjonale retten, vil ivareta fordelene med hensyn til realisering av det indre marked, samtidig som den minsker ulempene. En fordel med en valgfri EU-rettslig kontraktsrett som ikke erstatter nasjonal lovgivning, er at den vil få konkurranse fra de nasjonale rettssystemene som fremmer forbedringer og endringer i takt med utviklingen. Videre vil en valgfri lov som ikke erstatter nasjonale kontraktsregelverk i større grad vise hensyn overfor forskjellene mellom medlemslandene innenfor rettsområdet, samtidig som den fremmer standardisering i den grad markedet selv ønsker det.<sup>147</sup> Standardiseringen avhenger av at lovverket rent faktisk blir brukt. For å oppnå størst mulig bruk og derigjennom størst mulig standardisering som reduserer transaksjonskostnader, bør loven ha så vidt nedslagsfelt som mulig og ikke skille mellom internasjonale og nasjonale transaksjoner.<sup>148</sup>

Det kan imidlertid sette spørsmålstegn ved om det å lage et sekstende eller syttende kontraktsrettslig system som partene kan velge som sin bakgrunnsrett, vil redusere usikkerheten og uvitenheten som i dag fører til økte transaksjonskostnader. I realiteten skaper dette enda større fragmentering. Collins mener at uavhengig av om partene er bundet av det felles EU-rettslig regelverk som et utgangspunkt eller om de selv velger å

---

<sup>145</sup> COM (2003) 68 final pkt. 92

<sup>146</sup> se fremstillingens del 4

<sup>147</sup> Smits 2002, s. 397

<sup>148</sup> Smits 2002, s. 398

knytte lovverket til avtalen, vil antakelig partene foretrekke sitt nasjonale regelverk så lenge de har et valg, for å redusere sin risiko og derigjennom sine transaksjonskostnader.<sup>149</sup> Særlig i rene nasjonale kontraktsforhold synes disse spådommene som sannsynlige. Nasjonal rett vil være kjent for partene og designet på en måte som i best mulig grad er ment å ivareta sine innbyggers interesser og preferanser.

Ut fra denne argumentasjonen kan det spørres om det i det hele tatt vil finnes hjemmel for innføring av en valgfri kontraktsrett som gjelder ved siden av nasjonale retter for alle transaksjoner. Dette gjelder særlig hvis regelverket skal ha automatisk anvendelse såfremt partene ikke uttrykkelig har avtalt noe annet. For nasjonale transaksjoner vil formodentlig behovet ikke være særlig stort, slik at en vedtakelse grunnet på hensynet til realiseringen av det indre marked kan synes vanskelig. Videre kommer også problemene rundt forholdet til medlemslandenes nasjonale suverenitet og kulturelle identitet. Dette vil kunne stille seg noe annerledes hvis loven kun kommer til anvendelse hvis partet selv uttrykker ønske om det, men da vil den antakelig på den annen side bli mindre benyttet og i lavere grad bidra til å sikre standardisering.

### 5.1.3 En felles kontraktsrett for internasjonale transaksjoner

Hvis Collins har rett i sine spådommer som redegjort for over i 5.1.2, vil heller ikke en kontraktsrett kun for internasjonale avtaler redusere transaksjonskostnadene. På den annen side vil kanskje partene i internasjonale transaksjoner i større grad være villig til å inngå kompromisser med hensyn til lovvalg. Begge parter nasjonale rett kan jo uansett ikke benyttes. Et nøytralt lovverk, som er laget spesielt for å imøtekomme partenes behov i internasjonale kontraktsforhold, vil kanskje kunne oppnå større tilslutning. I den grad reglene oppstiller løsninger partene ønsker, vil det ikke være nødvendig å ta høyde for alle eventualiteter i avtalen. Dette vil lette forhandlingsprosessen.<sup>150</sup>

Blir lovverket hyppig brukt slik at internasjonale aktører, inkludert domstolene, etter hvert lærer det å kjenne, vil kostnadene ved grenseoverskridende kontrakter kunne

---

<sup>149</sup> Collins 2002, s 277

<sup>150</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 90



reduseres ytterligere i takt med kunnskapsnivået til markedsaktørene. Dette kan sikres ved at lovverket gjøres bindene ved å erstatte nasjonale lover for alle grenseoverskridende kontrakter. Da vil transaksjonskostnadene kunne reduseres betraktelig. Dette vil imidlertid medføre de samme ulempene som for en rett som erstatter nasjonale regler ved alle transaksjoner, redegjort for i punkt 5.1.1. Videre står avtalefriheten sterk i internasjonale transaksjoner og er i dag beskyttet av Romakonvensjonen. Verdien av valgfriheten fremheves også av Kommisjonen.<sup>151</sup> Denne rettigheten kan imidlertid ivaretas, samtidig som at sjansene for at lovverket blir benyttet til en viss grad opprettholdes, ved å gi det felles lovverket automatisk anvendelse hvis partene ikke uttrykkelig har bestemt noe annet. CISG har en slik løsning hvor partene har en mulighet til helt å ekskludere regelverket eller å delvis gjøre det.<sup>152</sup> At en slik EU-rettslig kontraktsrett skal oppnå tilslutning fordrer imidlertid at den overvinner utfordringene som følge av ulike løsninger i forskjellige rettskulturer og rettssystemer.

Kvaliteten til en slik rett vil sikres gjennom den konkurransen rettssystemet vil ha ved at partene fremdeles har sin kontraktsfrihet og frihet til å velge et annet lands lovverk som bakgrunnsrett.<sup>153</sup> På denne måten kan et regelverk som brukes på internasjonale avtaler i større grad holdes oppdatert på utviklinger i marked og teknologi enn en felles kontraktsrett som erstatter nasjonale kontraktsretter. På den annen side vil nettopp det at det finnes en valgfrihet i systemet kunne føre til at transaksjonskostnadene ikke blir like lave som i et system med kun én EU-rettslig kontraktsrett. Fremdeles finnes de fragmenterte og uensartede nasjonale lovverkene i Fellesskapet som kan komme til å medføre kostnader for partene. Ikke minst vil kostnadene være større for aktører som opererer både på det internasjonale og det nasjonale markedet. Disse aktørene vil måtte forholde seg til to regelverk i stedet for ett.<sup>154</sup> For til en viss grad å imøtekomme dette problemet kan den internasjonale kontraktsretten også få anvendelse på rene nasjonale kontrakter om partene selv ønsker denne løsningen.

---

<sup>151</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 93

<sup>152</sup> UN Convention on International Sale of Goods, art 6

<sup>153</sup> Grundmann og Kerber 2002, s. 331

<sup>154</sup> van Gerven 2002, s. 166

Selv om en kontraktsrett som gjelder for internasjonale avtaler ikke i like stor grad som en enhetlig kontraktsrett vil minske transaksjonskostnadene, utgjør det en forbedring fra det fragmenterte og uensartede systemet som gjelder i dag. Forutsatt at det ivaretar løsninger partene ønsker og at det blir benyttet. Et slikt system vil også i dag ha større muligheter for å la seg gjennomføre. En EU-rettslig kontraktsrett for internasjonale kontrakter har antakelig hjemmel i art 95<sup>155</sup> eller art 308. Endelig vil innføringen av et slikt system antakelig møte mindre motstand når det gjelder nasjonal suverenitet og kulturell identitet ved at medlemslandenes kontraktsretter fremdeles vil gjelde ved rene nasjonale transaksjoner.

## 5.2 Materielt innhold

Spørsmålet om en felles EU-rettslig kontraktsrett vil redusere transaksjonskostnader ved å fjerne usikkerhet, avhenger ikke bare av hvilket anvendelsesområde den gis, men også dens innhold. Særlig for en valgfri kontraktsrett som skal anvendes ved siden av nasjonale lovverk vil kombinasjonen av de enkelte faktorene, som bestemmer form og innhold, være avgjørende for dens suksess.<sup>156</sup> Lavere transaksjonskostnader avhenger av standardisering og standardisering uten å lage et lovverk som erstatter nasjonal rett, krever at det valgfrie regelverket er godt slik at det i stor grad blir benyttet. De faktorene det her refereres til er hvilke deler av kontraktsretten som bør med i en felles rett, inkludert hvordan et slikt system skal håndtere problemer knyttet til preseptorisk lovgivning, om kun generell kontraktsrett bør reguleres på et internasjonalt nivå eller også spesiell kontraktsrett og endelig om reglene bør formuleres som prinsipper eller ved bruk av detaljerte reguleringer.

### 5.2.1 Hvilke deler av kontraktsretten

Begrepet kontraktsrett har ingen enhetlig forståelse i Unionen. Det finnes ingen definisjon av begrepet felles for alle medlemslandene. Spørsmålet blir da hva som skal reguleres i en felles EU-rettslig kontraktsrett og hva som bør utelates.

---

<sup>155</sup> Drobnig 2002, s. 345

<sup>156</sup> Smits 2002, s. 397

Det er vanskelig på et så tidlig stadium av prosessen å gå i detalj vedrørende enkeltproblemstillinger som bør behandles. Et naturlig utgangspunkt synes allikevel å være at de deler av kontraktsretten hvor det i dag registreres økte transaksjonskostnader som følge av medlemslandenes ulike reguleringer, bør harmoniseres. Som vist over i del 2, omfatter dette mange og viktige områder av kontraktsretten. Et paradoks er imidlertid at jo større sprik det er i landenes løsninger av de samme rettslige problemstillingene, desto vanskeligere vil det sannsynligvis være for medlemslandene å komme til enighet om en felles regulering. En løsning vil være å konsentrere regelverket omkring de områdene hvor det kan identifiseres en lik praksis i medlemslandene slik Schwintowski foreslår. Kun på få enkeltområder ønsker han å supplere de felles røttene med noen uunnværlige regler. Gjennom en slik løsning ønsker han å bevare respekten for at Europa inneholder en varieté av ulike rettskulturer.<sup>157</sup> På den annen side mister lovgivningen med dette noe av den standardiseringseffekten som er nødvendig for realiseringen av det indre marked. Det synes imidlertid sannsynlig at enighet lettere kan oppnås om regelverket ikke er ment å skulle erstatte nasjonal lovgivning og videre om den begrenser seg til internasjonale kontrakter hvor behovet for felles løsninger synes størst.

Et område som særlig har skapt problemer på bakgrunn av fragmentert og uensartet lovgivning er områdene regulert ved preseptorisk lovgivning, se ovenfor i del 2.1. Av hensyn til realiseringen av det indre marked kan det synes som om det beste ville være å ha færrest mulig preseptoriske lover, slik at vi får minst mulig inngrep i avtalefriheten. En slik regulering vil imidlertid være et tilbakeskritt i forhold til dagens ekspansive beskyttelse av svake forhandlings- og kontraktparter i fellesskapslovgivningen og politisk totalt uakseptabelt.<sup>158</sup> Spørsmålet er så hvordan den preseptoriske lovgivningen og da særlig forbrukerkontraktsretten skal reguleres og plasseres i forhold til en felles EU-rettslig kontraktsrett. Målet om realiseringen av det indre marked må forsøkes nådd samtidig som hensynet til at den svake parten må beskyttes i tilfredsstillende grad ivaretas.

---

<sup>157</sup> Schwintowski 2002, s. 246

<sup>158</sup> Hesselink 2002, s. 190

Når det gjelder spørsmålet om forbrukerkontraktsretten i det hele tatt bør reguleres i en felles rett synes holdningene her å være delte. Det finnes gode argumenter for flere forskjellige løsninger. Hesselink ønsker at forbrukerretten skal reguleres i en felles kontraktsrett. På denne måten oppnås like regler for hele fellesskapet med de positive virkninger dette har for transaksjonskostnadene og den fri handelen. Et annet argument for en slik løsning er den nære sammenhengen det er mellom forbrukerkontraktsrett og alminnelig kontraktsrett. Det kan sies å være to sider av samme sak slik at en deling vil være både kunstig og vanskelig fordi vi ikke med sikkerhet kan avgjøre hvilke spørsmål som tilhører hvilken verden.<sup>159</sup> Befinner de to delene seg i samme lovtekst kan de også påvirke hverandre. Særlig vil velferdstankegangen i forbrukerkontrakter kunne ha en positiv innvirkning på forretningskontrakter.<sup>160</sup> Det kan imidlertid argumenteres for at en felles regulering av de to forretningsstrukturene i en generell kontraktsrett ikke vil oppfylle kravene til konkrete og situasjonsbestemte regler som kreves for en tilstrekkelig beskyttelse av forbrukerne. Ut fra dette vil to separate kontraktsretter, men allikevel felles regelverk synes som en bedre løsning.<sup>161</sup> På den annen side er det når vi kommer til forbrukerkontrakter at vi kanskje finner de største forskjellene hva angår preferanser fra medlemsland til medlemsland, slik at forbrukerkontrakter på denne bakgrunnen kanskje bør tas ut i alle fall av et felles regelverk som kun regulerer grenseoverskridende transaksjoner.<sup>162</sup> Dette vil også være i overensstemmelse med Romatraktaten art 5 og 6. Det er imidlertid på forbrukerrettens område vi best ser problemene med den sektorharmoniseringen som Fellesskapet har foretatt frem til i dag. Ved bruk av direktiver som setter minimumsstandarder har medlemslandene innført ulik grad av beskyttelse som skaper problemer for utenlandske markedsaktører og fører til høye transaksjonskostnader, som redegjort for i fremstillingens del 2.1.

På siden av problemstillingene behandlet i dette avsnittet, men allikevel et nærliggende problem, er hva som skal gjøres med de områdene av privatretten som ligger nær opptil kontraktsretten, som er knyttet til den, men ikke en del av den. Dette gjelder for

---

<sup>159</sup> von Bar 2002, s. 142

<sup>160</sup> Wilhelmsson 2002, s. 368

<sup>161</sup> Wilhelmsson 2002, s. 368

<sup>162</sup> Drobnig 2002, s. 346

eksempel eiendomsrett, panterett, forsikringsrett og arbeidsrett. Det er med hensyn til det sammensatte privatrettslige regelverket at flere akademikere går inn for å lage en europeisk civil code hvor flere av de privatrettslige rettsområdene reguleres sammen på EU-nivå.<sup>163</sup> Denne problemstillingen vil ikke bli behandlet videre her fordi det ligger utenfor temaet for fremstillingen. Det er imidlertid viktig å være bevisst på den ved avgjørelsen av hvilke deler av kontraktsretten vi ønsker å regulere og hvordan vi formulerer bestemmelsene.

### 5.2.2 Generell eller spesiell kontraktsrett

Kommisjonen synes forholdsvis klar på at de ser for seg et eventuelt EU-rettslig kontraktsregelverk som et regelverk for den generelle kontraktsretten. Det er mulighetene for et slikt regelverk de ønsker å undersøke nærmere.<sup>164</sup> Det synes også klart at det er et slikt regelverk de fleste akademikerne i debatten fortrinnsvis ønsker seg, uavhengig av ståsted i forhold til geografisk anvendelsesområde og forholdet til nasjonal rett. I alle fall som et utgangspunkt for en eventuell videre harmonisering, er det bred enighet om dette.

En felles generell kontraktsrett fremstår i dag også som den mest realistiske løsningen. Bakgrunnen for dette er de vanskeligheter som trolig vil oppstå med å komme til enighet på bakgrunn av forskjellige rettskulturer og rettssystemer og den motstanden en felles rett i dag møter. Det må foretas ytterligere komparative studier før en mer omfattende felles spesiell kontraktsrett eventuelt kan realiseres.<sup>165</sup> En felles regulering av den generelle kontraktsretten er også å foretrekke fordi den åpner for nasjonale løsninger som er nødvendig som følge av regionale behov, men sikrer samtidig en større standardisering av kontraktsretten. Enkelte akademikere tviler imidlertid på effekten av en felles generell kontraktsrett.<sup>166</sup> Collins etterlyser en debatt som dreier mer mot vilje til å regulere konkrete problemer innenfor spesielle typer kontrakter. Han mener at vi bare på denne måten kan overvinne problemene med en uforutsigbar europeisk kontraktsrett. Det moderne samfunn er for komplisert til å kunne styres av generelle

---

<sup>163</sup> se f.eks. von Bar 2002, s. 139

<sup>164</sup> COM (2003) 68 final, pkt. 4.3

<sup>165</sup> Basedow 2002, s. 148

<sup>166</sup> se Collins 2002, s. 280 og Smits 2002, s. 397

prinsipper i kontraktsretten.<sup>167</sup> Løsninger på problemet Collins presenterer vil være å fortsette den sektorharmoniseringen som har forgått frem til i dag eller å vedta en felles spesiell kontraktsrett. Videre sektorharmonisering kan til en viss grad bøte på problemene ved en fragmentert lovgivning, men som vist i del 2 er dette ingen optimal løsning. En felles regulering av også den spesielle kontraktsretten vil trolig skape større sikkerhet og forutsigbarhet i grenseoverskridende transaksjoner, men det synes urealistisk å tro på en slik regulering i nær fremtid. Lovforarbeidet vil møte på store utfordringer når det skal enes om løsninger. Videre utgjør det en stor hindring at det som nevnt i svært liten grad finnes vilje til innføring av en slik felles spesiell kontraktsrett i dag.

### 5.2.3 Detaljerte regler eller prinsipper

Den siste problemstillingen i forbindelse med det materielle innholdet til en felles EU-rettslig kontraktsrett er spørsmålet om regelverket bør bestå av generelle prinsipper eller detaljerte regler. Særlige spørsmål reiser seg her i forbindelse med forbrukerkontrakter.

Hensynet til størst mulig grad av standardisering taler for et detaljert regelverk som i liten grad åpner for ulike tolkningsmuligheter. På denne måten oppnås sikkerhet rundt regelverket og lave transaksjonskostnader. Detaljerte regler synes spesielt viktig når det skapes et helt nytt felles regelverk. En slik rett vil ikke bygge på et nasjonalt rettslig verdigrunnlag eller ha opparbeidet seg en praktisk erfaring fra domstolene som vil gjøre det enklere å tolke bestemmelsene.<sup>168</sup> Slik oppstår en fare for at konseptene blir forstått ulikt, og således får forskjellig innhold i hvert enkelt medlemsland.<sup>169</sup> Det hevdes videre, som nevnt under pkt 5.2.2, at generelle prinsipper ikke er egnet til å regulere dagens kompliserte samfunn.<sup>170</sup> På bakgrunn av dette tror Collins at kontraktspartene ikke vil benytte seg av et valgfritt EU-rettslig regelverk bestående av prinsipper, men foretrekke et mer forutsigbart og detaljer nasjonalt lovverk. I den grad et felles regelverk bestående av prinsipper blir benyttet, vil det knyttes usikkerhet til de løsninger det vil gi

---

<sup>167</sup> Collins 2002, s. 280

<sup>168</sup> Smits 2002, s. 192

<sup>169</sup> Wilhelmsson 2002, s. 265

<sup>170</sup> Collins 2002, s. 280

i konkrete konfliktsituasjoner, slik at den felles retten ikke vil løse noen av problemene i forhold til realiseringen av det indre marked.<sup>171</sup>

På den annen side er det ikke sikkert at mer detaljerte regler vil sikre større forutsigbarhet. Forskjeller i språk og rettslig metode kan hindre en felles forståelse av et detaljert regelverk som antakelig vil bli veldig komplisert. Det vil være svært vanskelig å lage et detaljert lovverk som alle medlemslandene kan enes om og som samtidig vil bli tolket likt i alle medlemslandene.<sup>172</sup> Et regelverk utformet av prinsipper vil derimot kunne formuleres enkelt og klart, slik at det i alle fall skaper sikre løsninger med hensyn til hvilke overordnede prinsipper som skal styre kontraktsretten.<sup>173</sup> Dette kan også ha den positive effekt at nasjonale retter ved deres utfylling av prinsippene kan ta hensyn til egne preferanser og behov. Videre vil slike regler være fleksible og åpne for endringer ved at løsninger på nye problemer reguleres i overensstemmelse med rammene de felles prinsippene setter.<sup>174</sup>

Et særlig forhold som må behandles i forbindelse med dette spørsmålet er hvordan forbrukerkontraktene bør reguleres, forutsatt at disse skal omfattes i et felles EU-rettslig regelverk. Som nevnt over i pkt. 5.2.1 kan det særlig settes spørsmålstegn ved om generelle prinsipper er egnet til å regulere forbrukerkontrakter. Ved slike transaksjoner synes behovet for beskyttelse gjennom klare regler større enn i rene forretningsforhold.<sup>175</sup> På denne bakgrunn kan det spørres om hele det felles kontraktsregelverket bør inneholde detaljerte regler eller om forbrukerretten eventuelt bør reguleres i et egen felles EU-rettslig regelverk for å ivareta de spesielle behovene som gjør seg gjeldende. Som vist over synes det vanskelig å detaljregulere den generelle kontraktsretten. Dette kan imidlertid synes noe enklere for forbrukerkontrakter hvor EU allerede har foretatt omfattende harmonisering. Det blir hevdet at å skille de to rettene kan ha uheldige konsekvenser.<sup>176</sup> På den annen side det kan det settes spørsmålstegn

---

<sup>171</sup> Collins 2002, s. 280

<sup>172</sup> Lando 2002, s. 211

<sup>173</sup> Lando 2002, s. 211

<sup>174</sup> Rodrigues 2003 s. 278

<sup>175</sup> Wilhelmsson 2002, s.138

<sup>176</sup> von Bar 2002, s. 142

ved om de samme generelle prinsippene bør gis anvendelse på begge typer kontrakter. Hensynene bak de to kontraktstypene er som hovedregel svært forskjellige. Forretningskontrakter skal sikre profitt, mens forbrukerkontrakter sikrer det daglige liv.<sup>177</sup> Principles of European Contract Law skiller ikke mellom kontraktstypene. Det finnes imidlertid ingen praksis som kan legge grunnlag for å trekke konklusjoner om konsekvensene av denne generaliseringen.

## **6 Avslutning**

Det er ikke gjennomført noen omfattende empirisk studie for å kartlegge i hvilken grad den fragmentariske og uensartede kontraktsretten i Europa utgjør en hindring for realiseringen av det indre marked. Det synes allikevel klart at forskjellene har negative konsekvenser for den frie handelen mellom medlemslandene.

Den mest ideelle løsningen for realiseringen av det indre marked synes å være en felles kontraktsrett som erstatter nasjonal lovgivning og som regulerer alle sider ved kontraktsforholdet. Regelverket må tilfredsstillе kontraktpartenes preferanser og samtidig inneholde et godt system for å holdes oppdatert. Et slikt system er i dag langt fra realistisk og vil kanskje heller aldri la seg gjennomføre. En omfattende harmonisering møter motstand og utfordringer. For det første finnes utfordringer av teknisk art som spørsmålet om hjemmel og om medlemslandene vil kunne enes om en felles kontraktsrett. Videre møter en omfattende harmonisering gjennom en felles rett motstand fordi det hevdes å krenke den nasjonale suverenitet og kulturelle identitet. Endelig stilles det spørsmålsteget ved kvaliteten et omfattende EU-rettslig kontraktsregelverk vil få.

Når trådene fra fremstillingen om en mulig felles kontraktsrett samles, ser vi at de løsningene som i dag fremstår som mest realistiske og sannsynlige er et kompromiss mellom hensynet til standardisering, som gir sikkerhet og lave transaksjonskostnader på

---

<sup>177</sup> Smits 2002, s. 392



den ene siden og graden av vanskeligheter og motsand harmoniseringsprosessen møter på den andre.

I dag synes det mest realistiske og hensiktsmessige alternativet å være en valgfri kontraktsrett med anvendelse på grenseoverskridende kontrakter. Det er også her behovet virker å være størst. Videre bør ikke regelverket erstatte nasjonale kontraktsretter, men virke ved siden av for å ivareta hensynet til statenes nasjonale suverenitet og muligheten for å holde regelverket oppdatert. En slik kontraktsrett vil formodentlig ha hjemmel i fellesskapslovgivningen. For å sikre at bestemmelsene blir benyttet, slik at det i størst mulig grad bidrar til standardisering, bør de gis automatisk anvendelse såfremt partene ikke uttrykkelig har bestemt noe annet.

Når det gjelder hva slags innhold en slik rett bør ha, ligger det en stor utfordring for lovgiver i de ulike betydningene av begrepet ”kontraktsrett”. En naturlig tilnærming synes å være et regelverk som konsentrere seg om de områdene hvor den fragmenterte og uensartede lovgivningen skaper hindringer for den frie handelen. Dette har vist seg særlig å være områder regulert med preseptorisk lovgivning som forbrukerkontrakter, men gjelder også andre kjerneområder innenfor kontraktsretten. Videre synes det å være enighet om at målsettingen i alle fall i første omgang bør være regulering av den generelle kontraktsretten. Enigheten er ikke like stor ved spørsmålet om hvordan bestemmelsene skal formuleres, som prinsipper eller detaljerte regler. Her finnes tungtveiende argumenter for begge løsninger. Den mest realistiske løsningen i dag synes å være et regelverk bestående av prinsipper. Det vil være lettere å enes om overordnede hovedregler enn detaljerte reguleringer av konkrete problemstillinger. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved om dette er den beste løsningen for forbrukerkontrakter. Kanskje bør denne retten skilles ut i et eget felles lovverk, med mer detaljert lovgivning.

Et system for regulering av kontraktsretten i Fellesskapet som her er skissert vil i større grad bidra til realiseringen av det indre marked enn det fragmenterte og uensartede kontraktssystemet som finnes i dag. Samtidig synes det også å være et steg videre fra den løsningen Kommisjonen baserer seg på i meddelelsen av 2003 ved i større grad å sikre standardisering. Den felles referanserammen som Kommisjonen har til hensikt å

utforme kan imidlertid fungere som et fundament for en felles EU-rettslig kontraktsrett, noe Kommisjonen også selv foreslår.<sup>178</sup> Om det vil være et tilstrekkelig effektivt virkemiddel for å realisere eller fullføre det indre markedet er imidlertid usikkert. Det vil uansett kunne være et steg på veien mot en større harmonisering av kontraktsretten. von Bar ser for seg prosessen frem mot en enhetlig EU-rettslig kontraktsrett som en trinnvis prosess.<sup>179</sup> Hvor langt denne prosessen vil nå gjenstår å se. Kanskje vil den strande lenge før det indre marked kan sies å være fullstendig realisert.

---

<sup>178</sup> COM (2003), 68 final, pkt. 95

<sup>179</sup> von Bar 2002, s. 144

## 7 Litteraturliste

Barents, René. *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*. I: Common Market Law Review. Årg. 30 (1993), s. 85-109

Basedow, Jürgen. *A Common Contract Law for the Common market*. I: Common Market Law Review. Årg. 33 (1996), s. 1169-1195

Basedow, Jürgen. *The Case for a European Contract Act*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 147-157

Basedow, Jürgen. *Effective Implementation of Directives and General Contract Law*. I: A Common Frame of Reference – How should it be filled? ERA-Forum 2003, s. 101-104

Bonell, M.J. *The need and possibilities of a European contract law*. I: European Review of Private Law. Årg. 5 (1997), s. 505-518

Collins, Hugh. *Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract law* I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 269-281

Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code - Joint response to Com (2001) 398 Final, Osnabrück 2002

Craig, Ronald L. *Stor norsk-engelsk juridisk ordbok*. Oslo, 1999

Dalberg-Larsen, Jørgen. *Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet i historisk og aktuel belysning*. I: Om retspolitik. Århus, 2002, s. 9-41

Dashwood, Alan. *Editorial Comments, On the way to a European Contract Code? I: Common Market Law Review*. Årg: 39 (2002), s. 219-225

Drobnig, Ulrich. *A Subsidiary Plea: A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 343-351

Grundmann Stefan. *Plan of Action for a Coherent European Contract Law – Observations*. I: A Common Frame of Reference – How should it be filled? ERA-Forum 2003, s. 125-131

Grundmann, Stefan og Kerber, Wolfgang. *European System of contract Law - a Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 295-342

Grundmann, Stefan og Stuyck, Jules. *Academic Green Paper on European Contract Law – Scope, Common Ground and Debated Issues*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 3-35

Hesselink, Martijn. *Good faith*. I: Toward a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 285-310

Hondius, Ewoud. *Towards a European civil Code. General Introduction*. I: Toward a European Civil Code. Nijmegen, 1994, s. 1-18

Joustra, Carla. *Consumer Law*. I: Toward a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 133-148

Juenger, Friedrich K. *The Problem with Private International Law*. I: Private Law in the International Arena. Haag, 2000, s.289-308

Kelly, Mel. *The 2003 action plan European Contract law: is the Commission running wild?* I: European Law Review. Årg. 28 (2003) s. 538-550

Koopmans, T. *Towards a European Civil Code?* I: European Review of Private Law. Årg. 5 (1997), s. 541-548

Lando, Ole. *En europæisk formueret*. I: Juristen, nr. 5- 2000, s. 193-203

Lando, Ole. *The Principles of European Contract law and the lex mercatoria*. I: Private Law in the International Arena. Haag, 2000, s. 391-402

Lando, Ole. *Why Does Europe Need a Civil Code* I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 207-213

Lauridsen, Preben Stuer. *Studier i Retspolitisk Argumantation*. København, 1974

Leebron, David W. *Laying Down with Procrustes: An Analysis of Harmonisation Claims*. I: Harmonisation: Prerequisite for fair trade, MIT press 1996, s. 41-117

Legrand, Pierre. *On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations*. I: European Review of Private Law. Årg. 10 (2002) s. 61-76

Lind, Åge. *Engelsk-norsk juridisk ordbok*. Oslo, 2000

Madsen, Palle Bo. *Scandinavian Contract Law within the EEC*. I: Perspectives of Critical Contract Law. Hants, 1993, s. 107-120

Markesinis, Basil S. *Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity*. I: European Review of Private Law. Årg. 5 (1997), s. 519-524

Müller-Graff, Peter-Christian. *EC Directives as a Means of Private Law Unification*. I: Towards a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 71-89

Rodríguez, Ana M. López. *Lex Mercatoria and Harmonisation of Contract Law in the EU*. København, 2003

Smits, Jan. *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 387-398

Schwintowski, Hans-Peter. *The European Civil Code: a Framework Code only*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 235-248

Tilleman, Bernard og Du Laing, Bart. *Directives on Consumer Protection as a Suitable Means of Obtaining a More Unified European Contract Law?* I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 81-102

Tilmann, Winfried og van Gerven, Walter. *The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potential legal bases* I: Working Paper of the European Parliament Directorate General for Research “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, JURI 103 EN, 1999, s. 183-204

van Erp, Sjef. *The Formation of Contracts*. I: Towards a European Civil Code. Nijmegen, 1994, s. 117-134

van Erp, Sjef. *The Pre-Contractual Stage*. I: Towards a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 201-218

van Gerven, Walter. *Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?* I: European Review of Private Law. Årg. 5 (1997), s. 465-469

van Gerven, Walter. *Codifying European Private Law*. Respons på Communication on European Contract Law. 2001

van Gerven, Walter. *Codifying European Private law? Yes if...!* I: European Law Review. Årg. 27 (2002), s. 156-176

von Bar, Christian. *A Civil Code for Europe*. I: Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet. Årg. 13 (2001-2002), s. 1-14

von Bar, Christian. *Paving the Way forward with Principles of European Private Law*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 137-145

Wagner, Gerhard. *The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law*. I: Common Market Law Review. Årg. 39 (2002), s. 995-1023

Wilhelmsson, Thomas. *Standard Form Conditions*. I: Towards a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 255-266

Wilhelmsson, Thomas. *The Design of an Optional (Re)statement of European Contract Law – Real Life Instead of Dead Concepts*. I: An Academic Green Paper on European Contract Law. Haag, 2002, s. 353-372

Wilhelmsson, Thomas. *Private Law in the EU: Harmonisation or Fragmented Europeanisation?* I: European Review of Private Law. Årg. 10 (2002) s. 77-94

Zimmermann, Reinhard. *Roman Law and European Legal Unity*. I: Towards a European Civil Code. Nijmegen, 1998, s. 21-39

Zweigert, Konrad og Kötz, Hein. *Law-Finding and Procedure in Common law and Civil Law*. I: Introduction to Comparative Law. Oxford, 1998, s. 256-275

### **Konvensjoner:**

Traktaten om den Europeiske Union

Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, Roma 1980

UN Convention on International Sale of Goods, 1980

**Rettspraksis:**

Fra EU-domstolen:

Sak C-300/89, [1991] ECR I-2869/2901, *Commission v. Council*

Sak C-339/89, [1991] ECR I-107, *Alsthom Atlantique v Sulzer*

Sak C-379/98, [2000] ECR I-8419, *Germany v Parliament and Council*

Sak C-377/98, [2001] ECR I-7079, *Netherlands v Parliament and Council*

Fra England:

*Walford v. Miles* [1979] 2 WLR 174

*Pitt v. P.H.H. Asset Management Ltd.* [1994] 1 WLR 327

**Meddelelser fra Kommisjonen:**

COM (1985) 310 final

COM (2001) 398 final

COM (2003) 68 final